

Tilburg University

Toelating en verwijdering van zorgleerlingen

Zoontjens, P.J.J.

Published in:

Selectie bij toegang tot het onderwijs

Publication date:

2010

Document Version

Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Zoontjens, P. J. J. (2010). Toelating en verwijdering van zorgleerlingen. In P. J. J. Zoontjens, & P. W. A. Huisman (Eds.), *Selectie bij toegang tot het onderwijs: Een juridische studie over toelating en verwijdering van onderwijsdeelnemers per thema en onderwijssector* (pp. 145-193). Kluwer.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

HOOFDSTUK 5

TOELATING EN VERWIJDERING VAN ZORGLEERLINGEN

Paul Zoontjens

1. Inleiding

1.1 Definitieproblemen

Zeker vanaf de jaren negentig van de vorige eeuw staat het leerrecht van kinderen met een geestelijke of lichamelijke beperking volop in de belangstelling. Voortaan zal korthedshalve, daarbij aansluitend bij het internationale recht, worden gesproken van kinderen of personen met een handicap.¹ Deze kinderen vormen de kern van een groep die hier te lande wordt aangeduid met “zorgleerlingen”. Over de precieze betekenis van dit laatste begrip bestaat geen consensus. Deels heeft dat te maken met een praktische toepassing die we vooral in kamerstukken en rapporten van de Onderwijsinspectie tegenkomen: de betekenis van zorgleerling varieert naar gelang het beleidsveld of onderwijstype waarin het voorkomt.² Waarschijnlijk is het voor een heldere definitie ook nog te vroeg.³ Op dit moment – anno 2008 – verkeert het beleid in een overgangsfase. We weten dat er in het kader van de operatie “Passend Onderwijs” een ruimere kring van kinderen dan die met een handicap in de nabije toekomst aanspraak zal kunnen maken op aangepast onderwijs in scholen, maar nog onbekend is hoe groot die kring zal zijn.

Hier zal voorshands onder zorgleerling worden begrepen een kind dat vanwege door externe factoren bepaalde leermoeilijkheden een specifieke, individuele benadering via extra ondersteuning in het onderwijs behoeft. Bij de bestempeling van iemand tot zorgleerling spelen pedagogisch-didactische maatstaven een belangrijke rol. Dat iemand een handicap heeft maakt hem nog niet tot zorgleerling, wel als die handicap tot gevolg heeft dat hij of zij belemmeringen ondervindt bij het volgen van onderwijs, die niet zonder ondersteuning van de zijde van de school kunnen worden weggenomen. Er moeten verder ook zorgleerlingen buiten de groep van kinderen met een handicap worden gezocht. Men denke aan kinderen die vanwege afkomst en/of

¹ Zie voor de verdragsrechtelijke definitie § 2.1.

² Vgl. minister van OCW in Kamerstukken II 2005/06, 30 300 VIII, nr. 238, p. 5: “Bij de definitie van een zorgleerling beperken wij ons echter tot de groep waarvoor geregistreerde gegevens bekend zijn, zodat kwantificeren mogelijk is.”

³ Zie bv. Rapport Weer Samen naar School, zorgleerlingen in het basisonderwijs, Kamerstukken II 2004/05, 29 962, nrs. 1-2, p. 15/16: “Desgevraagd gaf het ministerie te kennen bewust geen scherpere omschrijving van het begrip zorgleerling te hebben willen geven. (...) In het recente Koersdocument voor het Primair Onderwijs laat de minister op basis van gesprekken met het onderwijsveld weten dat de verkaveling van zorg- en achterstandenbeleid in aparte arrangementen als WSNS, LGF en gemeentelijk onderwijsachterstandenbeleid (GOA) niet aansluit op de dagelijkse realiteit waarin scholen hun leerlingen goed onderwijs proberen te bieden. Hierdoor zijn leerlingen op het ene moment «zorgleerling» en op het andere moment «achterstandsleerling». Consequenties worden hier evenwel nog niet aan verbonden.”

milieu qua basisvaardigheden onvoldoende zijn ontwikkeld of aan hoogbegaafde kinderen die zich niet staande kunnen houden in het doorsnee onderwijs. Het begrip zorgleerling sluit daarmee in beginsel aan bij de in artikel 312 van de Britse Education Act van 1996 geïntroduceerde term “special educational needs” (SEN): “A child has ‘special educational needs’ for the purposes of this Act if he has a learning difficulty which calls for special educational provision to be made for him”. De Britse situatie laat evenwel ook zien dat er behoefte is aan een zekere beperking van de aard van de betreffende “learning difficulties”. In hetzelfde wetsartikel zijn bijvoorbeeld van de definitie van SEN uitgezonderd kinderen waarvan de eerste taal niet het Engels is. Ook voor Nederland kan het voor de toekomst in de rede liggen de definitie niet te ruim te trekken. Er is immers veel extra overheidsgeld gemoeid met onderwijs aan zorgleerlingen. Bovendien kan een verschil in geldstromen voor bepaalde categorieën leerlingen wenselijk zijn of blijven (bv. onderwijszorgfinanciering centraal, achterstandsbestrijding decentraal). Tenslotte moet worden voorkomen dat er met een te ruime definitie wordt “ingebroken” in de pedagogische traditie die er op reguliere scholen en instellingen heerst, wat op zijn minst een stapsgewijs proces van invoering van beleid over de tijd met zich mee kan brengen.

1.2 Aandacht voor handicap

Hoewel een ruime onderwijskundig geïnspireerde omschrijving van zorgleerlingen aan de horizon gloort – met alle aarzelingen en mogelijke voorbehouden waarover zojuist is gesproken – is zij thans nog niet dominant aan de orde. De aandacht voor leerlingen die ‘anders’ zijn heeft op dit moment nog sterke trekken van groepsemancipatie. Momenteel hebben vooral, zoals gezegd, de leerlingen met een handicap de aandacht, als het gaat om toelating en verwijdering. In acht jaar tijd heeft het recht op toegang van deze leerlingen een belangrijke ontwikkeling ondergaan. Met de komst van de Wet op het primair onderwijs (Wpo) en de Wet op de expertisecentra (Wec)⁴ in 1998 en met de aanpassing van beide wetten en de Wet op het voortgezet onderwijs (Wvo) in 2002 bij de invoering van leerlinggebonden financiering,⁵ zijn er dienaangaande bepaalde aanspraken gevestigd. Vanaf 2008 geldt het systeem van leerlinggebonden financiering ook voor het beroepsonderwijs.⁶ Ook valt te wijzen op de als uitvloeisel van een Europese richtlijn⁷ in 2003 tot stand gekomen Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (Wgbh/cz) die oorspronkelijk alleen van toepassing was op het hoger onderwijs en beroepsonderwijs,⁸ maar recent is uitgebreid naar het basis- en voortgezet onderwijs.⁹

⁴ Beide bij Stb. 1998, 228.

⁵ Stb. 2002, 631.

⁶ Zie Stb. 2008, 202. Deze wettelijke voorziening treedt in de plaats van de sinds 2006 geldende Subsidieregeling leerlinggebonden financiering MBO.

⁷ Richtlijn nr. 2000/78/EG van de Raad van de Europese Unie van 27 november 2000, tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, PbEG, 2000, L303.

⁸ Stb. 2003, 206.

Tenslotte is vermeldenswaard dat er ook op internationaal vlak, in het Europees Sociaal Handvest (ESH [herzien])¹⁰ en het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap (VRPH)¹¹ aspecten van het individuele recht op toegang zijn vastgelegd.

Een en ander maakt dat we ons in dit hoofdstuk vooral – maar niet louter – zullen richten op het recht op toegang van leerlingen met een handicap. Niet alleen de regelgeving, maar ook de jurisprudentie over de rechten van deze groep is inmiddels behoorlijk uitgebreid. Een ruimere definitie dan handicap is intussen als thema voor dit hoofdstuk gewenst, omdat we ook aandacht willen besteden aan de toekomstige structuren, die er volgens verwachting vanaf 2011 zullen komen.

1.3 Indeling van dit hoofdstuk

In de eerste vijf paragrafen zal de aandacht uitgaan naar het juridisch raamwerk inzake de bescherming van personen met een handicap. In de volgende paragraaf komt eerst het internationaalrechtelijk kader aan de orde. Daarna zal in § 3 het recht op toegang van personen met een handicap in primair en voortgezet onderwijs worden beschreven. Daarbij passeren de regelingen en jurisprudentie inzake WSNS (§ 3.2), LGF (§ 3.3) en Leerwegondersteunend onderwijs en praktijkonderwijs (§ 3.4) de revue. In § 4 wordt het recht op toegang van personen met een handicap in het beroepsonderwijs en hoger onderwijs behandeld. Ook hier is aandacht voor de regelingen en jurisprudentie inzake achtereenvolgens de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (Wgbh/cz - § 4.2) en leerlinggebonden financiering in het beroepsonderwijs (§ 4.3). In § 5 zal tenslotte worden stilgestaan bij de nog goeddeels in de schoot der toekomst liggende plannen inzake “passend onderwijs”. In dit kader zal ook de voorgenomen uitbreiding van de Wgbh/cz naar primair en voortgezet onderwijs aan de orde worden gesteld. § 6 bevat ten slotte een korte slotbeschouwing.

2. Het internationale kader van rechten van personen met een handicap

2.1 Algemeen: 'inclusief onderwijs' en 'handicap'

De rechten van personen met een handicap worden in de basis gevoed door een inmiddels redelijk gegroeid internationaalrechtelijk kader. Dat heeft voornamelijk

⁹ Wet van 29 januari 2009, houdende wijziging van de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte in verband met de uitbreiding met onderwijs als bedoeld in de Wet op het primair onderwijs en de Wet op het voortgezet onderwijs en met wonen, Stb. 2009, 101. Zie ook Kamerstukken II 2007/08, 30 859, nr. 8 (NvW) e.v. Daarmee werd het initiatiefvoorstel van de leden Smits, Rouvoet en Azough, Kamerstukken II 2005/06, 30 570, nrs. 1-3, in het thans tot wet verheven regeringsvoorstel geïncorporeerd.

¹⁰ Trb. 2004, 13.

¹¹ Convention on the rights of persons with disabilities van 2006, Trb. 2007, nr. 169.

betrekking op gelijke behandeling en inclusief onderwijs. Met inclusief onderwijs wordt bedoeld op het principe dat kinderen zoveel mogelijk gezamenlijk in het reguliere onderwijs moeten leren, ongeacht de moeilijkheden of afwijkingen die ze hebben. Het is vervolgens aan de scholen om onderwijs op maat, dat van voldoende kwalitatief niveau is, voor alle kinderen te realiseren.¹² We beperken ons tot het ESH (herzien), het VRPH en het EVRM. In een laatste paragraaf zal kort worden stilgestaan bij een ontwerp van antidiscriminatie richtlijn die in het kader van de EU wordt voorbereid. In artikel 1 van het VRPH worden personen met een handicap gedefinieerd als “personen met langdurige fysieke, mentale, intellectuele of zintuiglijke beperkingen die hen in wisselwerking met diverse drempels kunnen beletten volledig, effectief en op voet van gelijkheid met anderen te participeren in de samenleving”.

2.2 *Europees Sociaal Handvest (herzien)*

Het eerste lid van artikel 15 van het ESH (herzien), dat gaat over het recht van personen met een handicap “op onafhankelijkheid, sociale integratie en participatie in het gemeenschapsleven”, schrijft voor dat de verdragsluitende partijen de nodige maatregelen moeten nemen “om personen met een handicap begeleiding, onderwijs en vakopleiding te geven waar mogelijk binnen het kader van algemene stelsels, of, waar dit niet mogelijk is, middels gespecialiseerde openbare of particuliere instellingen.” Deze bepaling drukt uit dat het uit een oogpunt van sociale integratie de voorkeur verdient personen met een handicap in het reguliere onderwijssysteem op te vangen en speciaal onderwijs alleen bij wijze van uitzondering beschikbaar te stellen. Personen met een handicap worden in deze visie niet zozeer als objecten van (medische) zorg maar als subjecten van mensenrechten, als burgers gezien.¹³ Artikel 17 van het zelfde verdrag, dat het recht bevat van kinderen en jeugdige personen “op sociale, wettelijke en economische bescherming”, voegt daar nog aan toe dat de bij het verdrag aangesloten staten moeten waarborgen “dat kinderen en jeugdige personen, met inachtneming van de rechten en plichten van hun ouders, beschikken over de verzorging, de ondersteuning, het onderwijs en de opleiding die zij nodig hebben, in het bijzonder door te zorgen voor de oprichting of instandhouding van instellingen en diensten die voor dit doel toereikend en voldoende zijn”. Tevens draagt artikel 17 ESH (herzien) de lidstaten op “basisonderwijs en voortgezet onderwijs kosteloos beschikbaar te stellen voor kinderen en jeugdige personen, alsmede regelmatig schoolbezoek te bevorderen.” In combinatie met artikel 15 laat deze bepaling aan de lidstaten de keuze op welke wijze onderwijs wordt verstrekt aan

¹² Vgl. UNESCO, *The Salamanca Statement and Framework for Action on Special Needs Education*, World Conference on Special Needs Education: Access and Quality, Salamanca, Spain, 7-10 June 1994, ED-94/WS/18.

¹³ Vgl. Jacqueline Schoonheim, annotatie bij ECSR 15 maart 2004 (Autism-Europe tegen Frankrijk, zaak no. 13/2002), NJCM Bulletin, jrg. 29, nr. 8, december 2004, p. 1149. Zie in gelijke zin MvT bij de goedkeuringswet ESH (herzien), Kamerstukken II 2004/05, 29 941, nr. 3, p. 23.

personen met een handicap, maar het is wel noodzakelijk dat het aanbod op een voldoende niveau plaatsvindt.

Dat laatste blijkt uit een beslissing van het Europees Comité voor Sociale Rechten (ECSR), het toezichthoudende orgaan van de ESH (herzien). Er was een klacht ingediend tegen Frankrijk, inhoudende dat door het hanteren van een beperkte overheidsdefinitie van autisme aldaar, feitelijk de consequentie was opgetreden dat er weinig kinderen uit deze groep aan regulier en speciaal onderwijs deelnamen. Verhoudingsgewijs viel de deelname veel lager uit dan bij andere Franse kinderen, of die nu wel of geen handicap hadden. Het ECSR honoreerde de argumenten van de klager. Het oordeelde dat als slechts een klein deel van de in Frankrijk aanwezige personen met autisme toegang heeft tot het officiële scholenstelsel, er sprake is van een met het verdrag strijdige situatie van onvoldoend onderwijsaanbod voor personen met een bepaalde handicap.¹⁴ Er wordt intussen vanuit gegaan – maar uiteindelijk bepaalt de nationale rechter dat – dat individuele burgers geen rechtstreeks beroep kunnen doen voor de rechter op de betreffende artikelen van het ESH (herzien). De verdragsbepalingen zullen hun vertaling moeten krijgen in daden van nationale wetgeving en bestuur.¹⁵

2.3 Verdrag inzake de Rechten van Personen met een Handicap

In het wereldomspannende VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap (VRPH) is het recht op onderwijs in sterkere en specifiekere bewoordingen vastgelegd. Net als bij het ESH (herzien) staat de persoon met een handicap als subject van mensenrechten centraal. En ook hier is het te betwijfelen of er nieuwe, afdwingbare rechten voor individuele rechtsvragers tot stand zijn gekomen. Niet de individuen worden in de verdragstekst geadresseerd maar de overheden van staten. Zij dienen voor voorzieningen te “zorgen”, bepaalde doelstellingen te “bevorderen”, het genot van bepaalde rechten te “erkennen” of te “waarborgen” of algemene “maatregelen” te treffen. Naar mag worden verondersteld bestaat er in de meeste gevallen een zekere vorm van discretionaire ruimte, van beleidsvrijheid met betrekking tot de wijze waarop een overheid dat zal doen. Voor zover beleidsvrijheid van de overheid in een bepaald geval moet worden aangenomen is een recht in beginsel niet direct toepasbaar, dus niet afdwingbaar.¹⁶ Ook dan zijn daden van nationale wetgeving en bestuur voor de vertaling noodzakelijk. Maar we zullen moeten afwachten hoe er door onze wetgever en onze rechters in de toekomst tegenaan zal worden gekeken. Nuanceringen zijn zeer wel mogelijk. Op 30 maart 2007 heeft Nederland het verdrag ondertekend. Begin 2008 heeft de regering aangekondigd in de loop van 2009 met een voorstel van een goedkeuringswet te

¹⁴ Vgl. de in de vorige noot geciteerde, juridisch niet-bindende uitspraak van de ECSR, a.w., p. 1146-1147.

¹⁵ Kamerstukken II 2004/05, 29 941, nr. 3, p. 4.

¹⁶ C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 402 e.v.

zullen komen. Een en ander wordt afhankelijk gesteld van een analyse van de consequenties van het VRPH voor de Nederlandse wet- en regelgeving.¹⁷ Ook de Europese Unie is intussen zelfstandig partij bij het verdrag. De ratificatie van het VRPH door de Europese Unie heeft geleid tot een ontwerp-richtlijn op het terrein van non-discriminatie vanwege onder meer handicap in ook het onderwijs. In paragraaf 2.5 wordt hier kort nader op ingegaan. Het feit dat het verdrag er is, is dus belangrijk. De VRPH is een nieuwe loot aan de stam van mensenrechtenbescherming.¹⁸

Artikel 5 VRPH beschermt de gelijkheid en non-discriminatie. De lidstaten bij het verdrag erkennen dat “eenieder gelijk is voor de wet en zonder aanzien des persoons recht heeft op dezelfde bescherming door, en hetzelfde voordeel van de wet.” Verder verbieden de staten die partij zijn, “alle discriminatie op grond van handicap”. Zij garanderen personen met een handicap “op voet van gelijkheid effectieve wettelijke bescherming tegen discriminatie op welke grond dan ook.” Hoe die principes uitwerken op het onderwijs laat artikel 24 VRPH zien. Dat verplicht de staten die verdragspartij zijn om ervoor te zorgen dat personen met een handicap zoveel mogelijk terecht kunnen in passende onderwijsvoorzieningen. Ook moeten de staten bepaalde leerdoelen bevorderen, zoals het leren van braille en gebarentaal. Meer concreet toegespitst op het vraagstuk van toegang kan worden vastgesteld dat krachtens het verdrag de staten die partij zijn effectief moeten waarborgen dat personen met een handicap:

- niet op grond van hun handicap worden uitgesloten van het algemene onderwijssysteem, en dat kinderen met een handicap niet op grond van hun handicap worden uitgesloten van gratis en verplicht basisonderwijs of van het voortgezet onderwijs;
- toegang hebben tot inclusief, hoogwaardig en gratis basisonderwijs en tot voortgezet onderwijs en wel op basis van gelijkheid met anderen in de gemeenschap waarin zij leven;
- binnen het algemene onderwijssysteem de ondersteuning ontvangen die zij nodig hebben om effectieve deelname aan het onderwijs te faciliteren, en
- zonder discriminatie en op voet van gelijkheid met anderen, toegang verkrijgen tot algemeen universitair en hoger beroepsonderwijs, beroepsonderwijs, volwasseneneducatie en een leven lang leren. Daartoe waarborgen de Staten die Partij zijn dat redelijke aanpassingen worden verschaft aan personen met een handicap.¹⁹

2.4 Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens

¹⁷ Vgl. Kamerstukken II 2007/08, 24 170, nr. 82.

¹⁸ Zie in het algemeen over het VRPH: R. Böcker en M. Kroes, Verdrag en Facultatief Protocol inzake de rechten van mensen met (functie)beperkingen: mijlpaal in ontwikkeling mensenrechten, NJCM Bulletin, jrg. 32, nr. 2, april 2007, p. 116-124.

Het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) kent geen specifiek recht voor personen met een handicap. Er is wel de nogal absoluut klinkende eerste volzin van artikel 2, Eerste Protocol, van het EVRM: “Niemand mag het recht op onderwijs worden ontnomen”. En verder bevatten artikel 14 van het verdrag en artikel 1 van het Twaalfde Protocol een algemeen verbod van discriminatie. Bij gebruik van de laatste bepaling hoeft niet de relatie met de schending van een ander verdragsartikel te worden gelegd: “Het genot van elk in de wet neergelegd recht moet worden verzekerd zonder enige discriminatie op welke grond dan ook (...)”. Als absoluut recht betekent de onderwijsbepaling van het EVRM slechts dat de overheid zal moeten respecteren dat elk kind kan kiezen voor door hun ouders of anderen gesticht particulier onderwijs.²⁰ De Europese rechtspraak is verder zeer terughoudend om te treden in de opzet en inrichting van het onderwijssysteem dat primair als een tot de nationale discretie behorende aangelegenheid pleegt te worden gezien. Zo kan de overheid niet worden verplicht om eenmaal opgerichte particuliere instellingen te erkennen of te subsidiëren.²¹ Van de overheid kan daarnaast niet worden verlangd om scholen te creëren, in stand te houden of te bekostigen die specifiek beantwoorden aan bijzondere behoeften,²² zoals van gehandicapte kinderen.²³ Recht op onderwijs van het individu in deze zin betekent slechts het recht om te kiezen uit het feitelijk bestaande stelsel van schoolonderwijs,²⁴ dat voldoende pluralistisch moet zijn.²⁵ Als de overheid instellingen voor speciaal onderwijs heeft of subsidieert of als het verstrekte onderwijs in dergelijke instellingen beter aangepast is voor kinderen met een handicap, is zij er niet toe gehouden kinderen met een handicap tot het regulier onderwijs toe te laten.²⁶

In een enkel geval werd niettemin discriminatie van overheidswege aangenomen bij de toelating tot speciaal onderwijs. In 2006 speelde een zaak waarbij Tsjechië werd aangeklaagd bij het Hof vanwege het plegen van de facto discriminatie, nu in Tsjechië getuige statistische informatie en rapporten van buitenlandse organisaties feitelijk twee onafhankelijke onderwijssystemen bestaan voor verschillende bevolkingsgroepen, speciale scholen voor Romakinderen en reguliere scholen voor de overige bevolking. Algemeen wordt erkend dat in het Tsjechische systeem van speciaal onderwijs een “basaler” niveau van onderwijs wordt gegeven, waarbij enkel nog uitstroom mogelijk is naar het beroepsonderwijs. Eenmaal in het speciaal onderwijs geplaatst is terugkeer naar het regulier primair onderwijs vrijwel

¹⁹ De eerste drie rechten zijn neergelegd in het tweede lid van artikel 24, het laatste in het vijfde lid van dat artikel.

²⁰ EHRM 7 december 1976, Publ. ECHR, Series A, vol. 23 (Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen).

²¹ ECRM 6 maart 1987, nr. 11533/85 (Ingrid Jordebo Foundation of Christian Schools and Ingrid Jordebo v. Sweden) Decisions and Reports 51, p. 128.

²² EHRM 23 juli 1968, Publ. ECHR, Series A, vol. 6 (Belgische Taalzaak).

²³ ECRM 14 juli 1995, Appl. nr. 25212/94 (Klerks).

²⁴ EHRM 23 juli 1968, Publ. ECHR, Series A, vol. 6 (Belgische Taalzaak).

²⁵ EHRM 7 december 1976, Publ. ECHR, Series A, vol. 23 (Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen).

²⁶ ECRM 2 oktober 1989, nr. 14.135/88 (P.D. and L.D. v. United Kingdom), Decisions and Reports 62, 292.

onmogelijk. In de regio Ostrava, waar de klachten zich concreet op richtten, was door onderzoekers via een questionnaire gericht aan schoolhoofden geboekstaafd dat meer dan 50% van de Romakinderen naar instellingen van speciaal onderwijs ging, dat zij meer dan 50% van de leerlingenpopulatie in het speciaal onderwijs uitmaakten en dat de kans dat een Romakind werd geplaatst op een speciale school 27 maal groter was dan een niet-Romakind dat in gelijke omstandigheden verkeerde. Verschillende andere bronnen over de situatie in Tsjechië als zodanig, dus ook buiten Ostrava, bevestigden dit beeld. In een sterk op de feiten gebaseerd oordeel komt de kamer van het Hof aanvankelijk niet tot de conclusie dat er sprake is – zoals gesteld door de klagers – van etnische discriminatie met betrekking tot het recht op onderwijs. Doordat de ouders met plaatsing hadden ingestemd, de beoordeling voor plaatsing onafhankelijk geschiedde en gebaseerd was op objectieve gegevens en sommige Romakinderen ook doorstroomden naar het regulier onderwijs, was er geen sprake van een praktijk die raciale vooroordelen verraadde.²⁷ In een latere, eind 2007 beëindigde procedure bij de Grote Kamer wordt van dit oordeel evenwel afstand genomen. Volgens de Grote Kamer is er met de vaststelling van een oververtegenwoordiging van Romakinderen in speciale scholen sprake van een vermoeden van indirecte discriminatie naar etnische afkomst. Het verschil in behandeling van de Romakinderen laat zich vervolgens niet objectief en naar redelijkheid rechtvaardigen. Hoewel het Hof waardering op kan brengen voor de pogingen van de Tsjechische republiek om aan Romakinderen onderwijs te garanderen, schiet zij te kort in het verschaffen van voldoende rechtsbescherming aan deze kinderen.

“The facts of the instant case indicate that the schooling arrangements for Roma children were not attended by safeguards (...) that would ensure that, in the exercise of its margin of appreciation in the education sphere, the State took into account their special needs as members of a disadvantaged class (...). Furthermore, as a result of the arrangements the applicants were placed in schools for children with mental disabilities where a more basic curriculum was followed than in ordinary schools and where they were isolated from pupils from the wider population. As a result, they received an education which compounded their difficulties and compromised their subsequent personal development instead of tackling their real problems or helping them to integrate into the ordinary schools and develop the skills that would facilitate life among the majority population. Indeed, the Government have implicitly admitted that job opportunities are more limited for pupils from special schools.”

²⁷ EHRM 7 februari 2006, appl.nr. 57325/00, D.H. e.a. t. Tsjechië, m.nt. Aart Hendriks, NJCM Bulletin 2006, jrg. 32, nr. 3, p. 350-364.

De Grote Kamer concludeert in deze zaak dat het discriminatieverbod van artikel 14 EVRM, gezien in combinatie met artikel 2, Eerste Protocol, EVRM, is geschonden.²⁸

2.5 De ontwerp antidiscriminatie richtlijn

Medio 2008 heeft de Commissie van de Europese Unie een voorstel van een richtlijn gepresenteerd met betrekking tot het verbieden van alle vormen (binnen en buiten de werksfeer) van discriminatie, met inbegrip van intimidatie, op grond van leeftijd, seksuele geaardheid, handicap en godsdienst of overtuiging, en tot het bieden van toegang van slachtoffers tot doeltreffende rechtsmiddelen. Met de vaststelling van deze richtlijn, aldus de Commissie, wordt het proces afgesloten tot het uitvoering geven aan artikel 13, eerste lid, EG wat alle gronden van discriminatie betreft en wordt alle schijn van een hiërarchie in de bescherming weggenomen. De voorgestelde richtlijn is van toepassing op de levering van alle goederen en diensten. Niettemin vallen particuliere aanbieders hier alleen onder voor zover zij een commerciële activiteit verrichten.²⁹ De ontwerprichtlijn³⁰ is in Den Haag lauw ontvangen.³¹ Men onderschrijft in algemene zin het initiatief. Maar hoewel de Commissie verzekert dat de ontwerprichtlijn qua opzet, terminologie en mechanismen naadloos aansluit op het reeds bestaande EU-gelijkebehandelingskader, menen zowel ons parlement als onze regering dat er nog veel onduidelijkheden zijn wat betreft de terminologie, reikwijdte en financiële consequenties. Zo vraagt men zich af of, en zo ja in hoeverre, artikel 4 van de ontwerprichtlijn met betrekking tot effectieve toegang voor personen met een handicap tot – onder meer – het onderwijs iets toevoegt ten opzichte van de onlangs aangepaste regeling van de Wgbh/cz en het door Nederland in 2006 ondertekende en nog te ratificeren VN-verdrag inzake de rechten van personen met een handicap. Strekt de betreffende bepaling in de ontwerprichtlijn bijvoorbeeld tot het vóóraf nemen van nodige maatregelen om effectieve toegang tot scholen mogelijk te maken? De regering wil in ieder geval in de onderhandelingen over de richtlijn disproportionele financiële en juridische consequenties voor de overheden voorkomen.³²

²⁸ EHRM 13 november 2007, D.H. e.a. t. Tsjechië, m.nt. K. Henrard, NJCM Bulletin 2008, jrg. 33, nr. 2, p. 234-250.

²⁹ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's d.d. 2 juli 2008 - Non-discriminatie en gelijke kansen: een vernieuwd engagement {SEC(2008) 2172}, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008DC0420:NL:NOT>.

³⁰ Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation, COM(2008) 426 final, 2008/0140 (CNS), Brussel, 2 juli 2008.

³¹ Vgl. Brief van de voorzitter van de Eerste en Tweede Kamer, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 544, E en nr. 5, en in het bijzonder de Brief van de staatssecretaris voor Europese Zaken, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 544, F en nr. 6. Zie ook het antwoord van EU-commissaris Margot Wallström, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 544, H en nr. 8.

³² Idem.

2.6 Enige afrondende opmerkingen

De aandacht in de context van de verdragen en het Europese recht voor het recht op onderwijs voor de groep van mensen met een handicap is groeiende. Deze mensen worden als zelfstandige burgers beschouwd die op gelijke voet met anderen in het genot zijn gesteld van mensenrechten, zoals het recht op onderwijs. Een nieuwe loot aan de stam van supranationale en internationale mensenrechtenbescherming, die een belangrijke stap markeert op weg naar de volledige maatschappelijke emancipatie van gehandicapten, is daarmee tot ontwikkeling gekomen. Nagestreefd wordt de sociale integratie van deze groep, maar van onmiddellijke en volledige gelijkschakeling met anderen kan geen sprake zijn. Dat komt, zoals we zagen, omdat de realisering van de belangrijkste bestanddelen van het recht op onderwijs, zoals het recht op inclusief onderwijs of het recht van toegang tot reguliere scholen afhankelijk lijkt te worden gesteld van nationale wetgeving en bestuur. Verder heeft dit ongetwijfeld te maken met het feit dat we hier met een zeer heterogene groep van mogelijke onderwijsvragers van doen hebben, waarbij er in het kader van gelijke behandeling evenzeer aandacht moet zijn voor het recht doen aan verscheidenheid tussen individuen en gevallen. Intussen lijkt er van het Europese en internationale recht een belangrijke, richtinggevende werking uit te gaan voor ons nationale bestel. Het laat zien dat de discussie over verbetering van toegang van personen met een handicap tot het reguliere onderwijs niet beperkt blijft tot de Nederlandse context, maar Europa- en wereldbreed wordt gevoerd. Met het internationale recht in de hand kunnen indringende vragen worden gesteld aan het Nederlandse onderwijsstelsel dat met de opzet van het speciaal onderwijs nog teveel lijkt te vertrekken vanuit een medische benadering in de selectie tot en de verdeling over onderwijsvoorzieningen van personen met een handicap. Om recht te doen aan het uitgangspunt, neergelegd in het ESH (herzien) en het VRPH, dat toegang tot regulier onderwijs regel en tot speciaal onderwijs uitzondering is voor personen met een handicap, is er al veel in beweging gezet in het Nederlandse stelsel, maar de ideale situatie is nog ver weg.

3. Toegang van gehandicapte personen in primair en voortgezet onderwijs

3.1 De leerplicht

In Nederland wordt het uitgangspunt voor deelname van kinderen met een handicap aan het ‘officiële’, wettelijk geregelde onderwijs bepaald door de Leerplichtwet 1969. Volgens deze wet zijn de ouders³³ verplicht in overeenstemming met de wet te zorgen, dat de jongere als leerling van een school is ingeschreven en deze school na inschrijving geregeld bezoekt, tenzij het gaat om een jongere die ‘op lichamelijke of

³³ De wet spreekt van ‘degene die het gezag over een jongere uitoefent, en degene die zich met de feitelijke verzorging van een jongere heeft belast’. Korthedshalve wordt hier gesproken van ouders.

psychische gronden niet geschikt is om tot een school (..) te worden toegelaten'.³⁴ De ongeschiktheid moet worden vastgesteld door een verklaring van een onafhankelijk arts of een psycholoog of pedagoog en kan pas effectief als uitzondering op de leerplicht worden aanvaard, als de ouders daarom hebben gevraagd. Ouders die geen beroep doen op deze vrijstellingsgrond kunnen in beginsel aanspraak maken op door de overheid beschikbaar gesteld onderwijs voor hun kind.

Volgens de regering geldt het uitgangspunt dat ieder kind recht heeft op goed onderwijs en dat het de taak van de overheid is dit te waarborgen. "In lijn met dit uitgangspunt bestaat sinds de invoering van de Leerlinggebonden financiering in 2003 in het (voortgezet) speciaal onderwijs geen ondergrens meer voor de toelating van jongeren met een ernstige psychische of lichamelijke problematiek. Als voor deze groep jongeren naast extra onderwijsondersteuning ook extra zorg nodig is, dan kan een beroep worden gedaan op de AWBZ. Met de combinatie van (voortgezet) speciaal onderwijs en ondersteuning uit de AWBZ acht ik de toegankelijkheid en daarmee het recht op onderwijs ook voor jongeren met ernstige psychische- en/of lichamelijke beperkingen voldoende gewaarborgd. Tegelijkertijd bestaat er een groep jongeren waarvoor het volgen van speciaal onderwijs niet tot de mogelijkheden behoort. Dit kan bijvoorbeeld inhouden dat er sprake is van dusdanig ernstige psychische of lichamelijke beperking dat het volgen van onderwijs (tijdelijk) niet mogelijk is. Ik acht het gerechtvaardigd dat ouders in deze gevallen een verzoek kunnen indienen om hun kind vrij te stellen van de plicht een school te bezoeken. De wet voorziet daarnaast in een waarborg door een verklaring van een arts te eisen."³⁵

3.2 Weer Samen naar School

3.2.1 Wettelijke regeling

In 1998 is er een wettelijke regeling tot stand gekomen, die bekend staat als de uitwerking van het beleid inzake "Weer samen naar school" (WSNS). Daarbij is het de bedoeling om kinderen met leer- en gedragsproblemen zoveel mogelijk in het regulier onderwijs te laten blijven en niet te verwijzen naar vormen naar speciaal onderwijs. "De essentie van het WSNS-beleid is dat basisscholen en speciale scholen voor basisonderwijs in onderlinge samenwerking zorgvoorzieningen inrichten voor die leerlingen die binnen de basisschool problemen ondervinden met het onderwijs. Deze leerlingen zouden zoveel mogelijk de extra zorg die ze nodig hebben binnen de reguliere basisschool moeten krijgen. Daartoe wordt de scheiding die thans bestaat tussen basisscholen en speciale scholen voor basisonderwijs doorbroken."³⁶ De regeling kreeg haar plaats in de in 1998 in werking getreden Wpo. Het betreft in het bijzonder de artikelen 18 tot en met 28, 40, 40a, 43 en 132 Wpo.

³⁴ Zie artikel 2, resp. artikel 5 Lpw 1969.

³⁵ Vgl de brief van staatssecretaris Dijkzma aan de Eerste Kamer, Kamerstukken I 2007/08, 30 652, K, p. 3.

³⁶ Memorie van toelichting Wpo, Kamerstukken II 1996/97, 25 409, nr. 3, p. 3.

De wet schrijft in artikel 18 een samenwerkingsverband voor tussen bevoegde gezagsorganen van basisscholen en van speciale scholen voor basisonderwijs binnen een bepaalde regio. Het samenwerkingsverband stelt zich ten doel “een samenhangend geheel van zorgvoorzieningen binnen en tussen basisscholen en in samenwerking met speciale scholen voor basisonderwijs te realiseren en wel zodanig dat zoveel mogelijk leerlingen een ononderbroken ontwikkelingsproces kunnen doormaken”. Gerekend naar het totaal aantal leerlingen op de aangesloten scholen, moet het samenwerkingsverband een minimale omvang van 2.000 hebben. De bevoegde gezagsorganen in het samenwerkingsverband stellen jaarlijks een zorgplan vast voor het komende schooljaar. Daarin wordt onder meer geëxpliciteerd hoe de wettelijke doelstelling zal worden bereikt en wordt de omvang van de zorgformatie bepaald van personeel dat in het komende schooljaar wordt ingezet op basisscholen en dat werkzaam is op speciale scholen voor basisonderwijs. Voor de berekening van de personeelsformatie dat voor de zorg is benodigd, en waarover het samenwerkingsverband heeft te beslissen, wordt uitgegaan van maximaal 2% van het leerlingenbestand van de gezamenlijke scholen. Een en ander resulteert in een bekostigingsbedrag dat rechtstreeks aan het samenwerkingsverband wordt overgemaakt (artikel 132 Wpo). Het plafond van 2% is een belangrijke, feitelijke stimulans voor de bevoegde gezagsorganen in het samenwerkingsverband om de deelname van leerlingen aan het per definitie duurdere speciaal basisonderwijs zo beperkt mogelijk te houden. “Wordt er op de speciale school voor basisonderwijs meer dan 2% van de leerlingen toegelaten, dan moeten de basisscholen in het desbetreffende samenwerkingsverband zorgformatie overdragen voor de leerlingen boven 2%.”³⁷ Bij zorgplan wordt er ook een permanente commissie leerlingenzorg ingesteld en worden de procedure en de criteria vastgesteld voor het onderzoek dat aan deze commissie is opgedragen.

De speciale scholen voor basisonderwijs zijn instellingen die vanaf 1998 onder het wettelijke regime voor regulier onderwijs zijn gebracht. Deze scholen verzorgen onderwijs dat vóór 1998 in speciale scholen voor leer- en opvoedingsmoeilijkheden (lom), moeilijk lerende kinderen (mlk) of in hun ontwikkeling bedreigde kleuters (iobk) was ondergebracht.

3.2.2 Recht op toegang: enkele vragen

Het individuele recht op toegang bij “WSNS” is slechts ten dele vastgelegd in de wet. Hoewel blijkens de voorgaande paragraaf is beoogd de schotten tussen regulier en speciaal basisonderwijs te slechten, is daarbij niet altijd duidelijk onder welke voorwaarden de wet aan ouders een keuze verschaft om hun kinderen op het ene of andere type school in te schrijven. De regeling is vrijwel volledig institutioneel, vanuit het oogpunt van de onderwijsaanbieders, geredigeerd. Waarschijnlijk heeft dat te maken met het feit dat de sturing van leerlingenstromen tussen basisonderwijs en

³⁷ Idem, p. 5.

speciaal basisonderwijs volledig aan de bevoegdheid van het samenwerkingsverband wordt gelaten door de wetgever. De formulering van een omvattend recht of beginsel inzake toegang ontbreekt in ieder geval. Ook in de parlementaire stukken wordt hierover geen nadere uitleg verschaft. Dit leidt tot een aantal vragen die de opmaat zullen vormen van de volgende paragraaf waarin enige jurisprudentie zal worden behandeld.

Eerst een korte beschrijving van de regeling. Een wezenlijk aanknopingspunt voor het recht op toegang is de omschrijving van de rol van de permanente commissie leerlingenzorg (PCL) in artikel 23 Wpo. Volgens deze bepaling kunnen ouders een aanvraag indienen bij de PCL van het samenwerkingsverband, waarvan de reguliere basisschool van hun kind deel uitmaakt, om uit te maken of hun kind kan worden geplaatst op een speciale school voor basisonderwijs. De PCL kan de aanvraag toewijzen of afwijzen. De Wpo bepaalt dat de beslissing tot toe- of afwijzing dient te worden aangemerkt als een beschikking van een bestuursorgaan in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) (artikel 23, zesde lid, j^o artikel 23, eerste lid, tweede volzin, Wpo). Daarmee is dus na een bezwaarschriftenprocedure in de zin van artikel 7:1 Awb de toegang tot de bestuursrechter verzekerd. Een positieve, toewijzende beslissing van de PCL is noodzakelijk en afdoende voor toelating tot een speciale school voor basisonderwijs. Weigering van toelating tot de speciale school voor basisonderwijs kan enkel plaatsvinden om denominatieve redenen, en dan nog alleen voor zover de ouders weigeren de grondslag van de school te respecteren (artikel 40, derde en vierde lid, Wpo). Men moet aannemen dat er bij de regeling van de aanvraagprocedure is vertrokken vanuit het feitelijke gegeven dat alle ouders eerst hun kinderen hebben ingeschreven op een reguliere basisschool in het samenwerkingsverband. Nadat is besloten dat een kind thuishoort op een speciale school voor basisonderwijs zal het dus feitelijk de basisschool moeten verlaten. De regeling roept een aantal vragen op. In hoeverre hebben ouders het recht om hun kinderen op de reguliere basisschool te houden? Het lijkt duidelijk dat wanneer de ouders geen initiatief nemen om een aanvraagprocedure bij de PCL te starten hun kind op de reguliere basisschool blijft. Maar hoe zit het bijvoorbeeld als er een aanvraagprocedure is doorlopen en een positief toewijzende beslissing van de PCL is afgegeven voor een speciale school voor basisonderwijs? Verschillende argumentatieve posities zijn mogelijk. Men kan stellen dat de PCL-beslissing niet automatisch plaatsing op de speciale school voor basisonderwijs tot gevolg heeft; zij kan pas worden geëffectueerd als de ouders hun kind er aanmelden. Welnu, als aanmelding achterwege blijft verandert er niets, het kind blijft op de reguliere basisschool. Daartegenover kan worden gesteld dat een toewijzende beslissing van de PCL het oordeel bevat dat plaatsing van het betreffende kind op een speciale school voor basisonderwijs “noodzakelijk” is (artikel 23, eerste lid, Wpo; artikel 40, derde lid, Wpo). Het bevoegd gezag van een reguliere basisschool zou hieraan het recht moeten mogen onttelen om dit kind niet langer in de basisschool toe te laten of te verwijderen. Een andere vraag luidt: kan een kind, als het eenmaal is ingeschreven

aan een speciale school voor basisonderwijs, nog terug naar de reguliere basisschool als de ouders dit willen? Ervoor pleit dat ook reguliere basisscholen in principe zijn toegerust om kinderen die zorg behoeven in het onderwijs op te vangen. Als een van de doelstellingen van al het basisonderwijs is daartoe in artikel 8 van de Wpo vastgelegd dat “ten aanzien van leerlingen die extra zorg behoeven, (...) het onderwijs (is) gericht op individuele begeleiding die is afgestemd op de behoefte van de leerling”. Ertegen pleit dat in verband met de organisatie van het onderwijs, de leerlingentelling en zo meer, scholen erop moeten kunnen vertrouwen dat inschrijving van een kind ook daadwerkelijk verblijf tot gevolg heeft voor tenminste een bepaalde periode. Bovendien moet worden voorkomen dat er teveel met kinderen tussen scholen wordt “geleurd”.

Naar zal blijken verschaft de jurisprudentie enkele algemene, richtinggevende antwoorden. Daarbij wordt ook ingegaan op aspecten die we nog niet aan de orde hebben gesteld. Reden, om er een nadere blik op te werpen.

3.2.3 Toelating en verwijdering: jurisprudentie

Toegelaten gronden van afweging

In enkele uitspraken wordt ingegaan op principiële aspecten van afstemming tussen regulier en speciaal basisonderwijs. Het enkele feit dat het bevoegd gezag zelf van oordeel is dat er indicatie bestaat voor speciaal basisonderwijs (of speciaal onderwijs) is onvoldoende rechtvaardiging om een leerling van de reguliere school te verwijderen. Daarvoor kan alleen het (wan)gedrag van de leerling uitgangspunt zijn.³⁸ Terecht lijkt de rechter hier te willen zeggen dat het bevoegd gezag niet uit eigen beweging tot indicatie is geroepen. Dat moet worden overgelaten aan daartoe bevoegde en uitgeruste organen. Indien door de juiste instantie (PCL), met instemming van de ouders op de juiste wijze is geïndiceerd, ligt het meteen anders. Dan mag het bevoegd gezag van de reguliere basisschool tot verwijdering overgaan als het aannemelijk kan maken dat de basisschool niet in staat is de leerling die zorg te bieden die hij nodig heeft voor zijn verdere ontwikkeling. Als daarbij de leerling door het bevoegd gezag wordt ingeschreven op een speciale school voor basisonderwijs is ook voldaan aan de eisen die volgen uit artikel 40 Wpo.³⁹

Hier is hetzelfde beginsel werkzaam als dat we in het kader van leerlinggebonden financiering (zie § 3.3) zullen leren kennen. Dat luidt dat nooit kan worden uitgesloten dat het belang van een leerling met een handicap onder omstandigheden beter kan zijn gediend met plaatsing op een andere school dan die van zijn of zijn ouders' keuze. Het ligt voor de hand ervan uit te gaan dat de gevallen waarin basisscholen in de afstemming met speciale scholen voor basisonderwijs in staat zijn

³⁸ V.zr. Rb. Haarlem 18 maart 2004, J.O. 2004, nr. 23. Evenzeer wijzend op (wan)gedrag als uitgangspunt, maar dan in een casus waarin er sprake is van verwijdering vanwege indicatie voor het speciaal onderwijs: Rb. Haarlem 13 juni 2005, LJN: AT9498.

te claimen dat ze onvoldoende zorg kunnen bieden, schaarser zullen zijn dan in de afstemming met het speciaal onderwijs, maar daarmee is het beginsel niet van de baan. Het Duitse constitutionele hof heeft reeds in de jaren negentig indringend uiteengezet dat bij de vraag of personen met een handicap toegang moeten hebben tot regulier onderwijs concurrerende rechten spelen die in een afweging op elkaar moeten worden betrokken. Niet alleen speelt er het opvoedingsrecht van de ouders en het eigen recht van de leerling op vrije ontplooiing en op deelname aan adequaat op zijn mogelijkheden afgestemd onderwijs, er is ook de verplichting van het bevoegd gezag van de school om een leerling niet vanwege zijn handicap ongelijk te behandelen ten opzichte van andere leerlingen.⁴⁰ Van ongelijke behandeling kan in bepaalde omstandigheden sprake zijn als het bevoegde gezag het kind niet toelaat. In andere omstandigheden zou daarvan juist sprake kunnen zijn wanneer het kind wel wordt toegelaten, maar door feitelijk onvermogen van de leerkrachten geen onderwijs op adequaat niveau kan ontvangen. Het beginsel van gelijke behandeling maakt dus een steeds op de concrete omstandigheden afgestemde afweging door het bevoegd gezag noodzakelijk.

Wachtlijstenbeleid

Het wettelijk verankerde recht op toegang tot het speciaal basisonderwijs is in een tweetal uitspraken inzake wachtlijstenbeleid aan de orde geweest. Al twee jaar na invoering van de wettelijke regeling werd een door een samenwerkingsverband ingesteld wachtlijstenbeleid ten aanzien van de toegang tot een openbare school voor speciaal basisonderwijs onaanvaardbaar geacht.

“Door het op voorhand beperken van de mogelijkheid om leerlingen toe te laten tot de speciale scholen voor basisonderwijs die zijn opgenomen in het Samenwerkingsverband (..), ook als de permanente commissie leerlingen zorg voor die leerlingen heeft bepaald dat plaatsing op die scholen noodzakelijk is, voert verweerder naar het oordeel van de president een beleid dat een onaanvaardbare beperking meebrengt van de taak die zij heeft in de voorziening van voldoende – en voor de leerlingen passend – openbaar onderwijs. Van belang daarbij is dat verweerder voor een andere verdeling van financiële middelen voor de scholen in haar samenwerkingsverband had kunnen kiezen.”⁴¹

Weer twee jaar later wordt een wachttijd voor toelating tot een openbare school voor speciaal basisonderwijs toch aanvaardbaar geacht, zij het dat het maximum van die wachttijd slechts drie maanden mag bedragen. Er is dan inmiddels een wetsvoorstel

³⁹ Rb. Almelo 27 augustus 2004, LJN: AQ8307. In casu achtte de rechter het aannemelijk dat de reguliere (openbare) school niet zelf die zorg kon bieden.

⁴⁰ Bundesverfassungsgericht, 8 Oktober 1997, 1 BvR 9/97, BVerfGE 96, 288 (Integrative Beschulung). Het gaat hier om rechten die, anders dan in Nederland, alle expliciet in het Duitse Grundgesetz zijn vastgelegd. Ook bij ons maken ze evenwel onderdeel uit van het geldende recht.

⁴¹ V.zr. Rb. Alkmaar 25 augustus 2000, LJN: AA7145, Rechtspraak Onderwijsrecht 2000-2002, SDU Uitgevers, Den Haag 2002 (ROR), nr. 11, m.nt. BPV (Samenwerkingsverband Heerhugowaard).

van die strekking bij het parlement ingediend.⁴² Daarbij is het laatste gedeelte ingevoegd van de tweede volzin van artikel 40, derde lid, Wpo. Volgens dat onderdeel wordt de leerling uiterlijk tot de speciale school voor basisonderwijs toegelaten met ingang van het eerste van de volgende tijdstippen: “de eerste dag na de voor de school geldende zomervakantie, de eerste dag na de voor de school geldende kerstvakantie dan wel 1 april”.

Positie permanente commissie leerlingenzorg

In een aantal uitspraken wordt tenslotte aandacht besteed aan de positie van de PCL, haar besluitvormingsprocedure en de rechtsbescherming daartegen. Een aanvraag bij de PCL kan alleen door de ouders worden ingediend, de school mag daartoe geen ontoelaatbare druk op de ouders uitoefenen.⁴³ Tegen een beslissing van de PCL, dat wil zeggen het oordeel omtrent de toelaatbaarheid tot een speciale school voor basisonderwijs, staat de Awb-rechtsgang open. Niet evenwel tegen het daarbij gelijktijdig gegeven advies om de betrokken leerling op een ZMOK-school te plaatsen, omdat dat niet op rechtsgevolg is gericht.⁴⁴ En soms kan het beroep stranden wegens het ontbreken van een belang. Dat was het geval toen iemand zijn beroep richtte tegen de totstandkoming van de beslissing van de PCL en de daaraan ten grondslag liggende rapportages, om rehabilitatie en genoegdoening te verkrijgen, terwijl het kind inmiddels op een school voor speciaal onderwijs was geplaatst.⁴⁵ De oordelen van de PCL kunnen ook gezag buiten de procedure van artikel 23 Wpo hebben. Een voorbeeld betreft de vernietiging door de rechter van een besluit van burgemeester en wethouders tot weigering van reiskostenvergoeding ten behoeve van een leerling die is aangewezen op speciaal basisonderwijs, omdat de GGD niet de oordelen van de PCL en de Commissie van begeleiding van de betreffende school bij haar advisering heeft betrokken.⁴⁶

3.3 Leerlinggebonden financiering

3.3.1 Wettelijke regeling

De regeling leerlinggebonden financiering (LGF) geldt vanaf 1 augustus 2003 en ziet op de relatie van het reguliere onderwijs tot het speciaal onderwijs, als bedoeld in de Wet op de expertisecentra (Wec).⁴⁷ In vergelijking met WSNS is er in ieder geval in de beleidsretoriek meer oog voor keuzerechten van ouders, met name met betrekking tot inclusief onderwijs. Zoals we nog zullen zien staan vragen omtrent het keuzerecht centraal bij de beoordeling van geschillen in de sfeer van leerlinggebonden financiering. Merkwaardig genoeg heeft de wetgever er niet voor gekozen het

⁴² Pres.Rb. Den Bosch 12 maart 2002, J.O. 2002, nr. 34.

⁴³ Rb. Almelo 27 augustus 2004, LJN: AQ8307.

⁴⁴ ABRvS 5 juni 2002, J.O. 2003, nr. 1.

⁴⁵ ABRvS 24 juli 2002, J.O. 2003, nr. 3.

⁴⁶ Rb. Groningen 8 april 2008, LJN: BC9394.

⁴⁷ Stb. 2002, 631; nadien gewijzigd bij Stb. 2007, 445.

keuzerecht als norm in de wet vast te leggen, wat zeer voor de hand zou hebben gelegen, maar heeft hij een formulering daaromtrent in de memorie van toelichting opgenomen. Daarop komen we nog terug.

De kern van de regeling wordt uitgemaakt door invoeging van onder meer artikel 28a tot en met 28f, wijziging van artikel 40 en invoeging van artikel 40a, 40b, 41a, 71a tot en met 71c, 76a en 76b in de Wec. Verder is daarbij onder meer gewijzigd artikel 40 en ingevoegd artikel 40a en 70a en 70b in de Wpo. Tenslotte is de Wet op het voortgezet onderwijs (Wvo) aangepast door invoeging van de artikel 26 en 77a.

Artikel 40 Wec geeft ouders van een voor speciaal onderwijs geïndiceerd kind een onmiddellijk recht op toelating tot een speciale school. Indicatie vindt plaats op aanvraag van (een van) de ouders door een Commissie voor de indicatiestelling (CvI) van een Regionaal Expertisecentrum voor het gebied waarin zich de woonplaats van de aanvrager(s) bevindt. De CvI gaat te werk aan de hand van centraal bij algemene maatregel van bestuur vastgestelde criteria.⁴⁸ Zij beoordeelt volgens artikel 28c, eerste lid, Wec of een leerling: a. in aanmerking komt voor een leerlinggebonden budget indien de leerling wordt ingeschreven bij een reguliere school voor basisonderwijs of voortgezet onderwijs; b. toelaatbaar is tot een van de soorten van speciaal onderwijs die de wet onderscheidt.

De mogelijkheden van speciale scholen na indicatie zijn gelijk aan die van speciale scholen voor basisonderwijs in de Wpo: indien een leerling toelaatbaar tot een bepaalde soort van het speciaal onderwijs wordt geacht kan de speciale school de toelating slechts weigeren op denominatieve gronden, en dan nog alleen voor zover de ouders weigeren te verklaren dat zij de grondslag van de school zullen respecteren.⁴⁹

De ouders kunnen echter in plaats van speciaal onderwijs kiezen voor een reguliere school voor basis- of voortgezet onderwijs, zij het dat toelating tot deze laatste afhankelijk is van de aard van de handicap van het kind in relatie tot de mogelijkheden van deze reguliere school.⁵⁰

Het gaat hier niet om een hard recht,⁵¹ maar toch ook niet om een vrijblijvende zaak.⁵² In beginsel wordt uitgegaan van een individuele aanspraak op toelating tot de reguliere school. Het bevoegd gezag van die school kan toelating slechts voorkomen als het de redenen en omstandigheden die toelating verhinderen aannemelijk kan maken. Een en ander betekent een omkering van de bewijslast: niet degene die het initiatief neemt om in zijn van het normale patroon afwijkende geval voor een voorziening in aanmerking te komen moet aantonen dat hij daarvoor in aanmerking

⁴⁸ Zie Besluit van 23 juni 2003, houdende wijziging van het Besluit leerlinggebonden financiering in verband met de vaststelling van criteria voor toelaatbaarheid van leerlingen tot het speciaal onderwijs, Stb. 2006, 327.

⁴⁹ Artikel 40, vierde lid (nieuw) Wec.

⁵⁰ Zie memorie van toelichting, Kamerstukken II 2000/01, 27 728, nr. 3, p. 9. Een heldere uitleg van het nieuwe stelsel is opgenomen in de memorie van antwoord, Kamerstukken I 2001/02, 27 728, nr. 199b, p. 1-2, waarop het navolgende is gebaseerd. Zie hierover ook H.J. Nijkamp, De rugzakleerling komt er eindelijk aan, *School en Wet*, nr. 8, November 2002, p. 275-280.

⁵¹ Zoals gezegd ontbreekt van dit recht merkwaardigerwijs enige formulering in de wettekst.

⁵² Zie reeds de algemene beschouwing in paragraaf 3.2.3.

komt, maar de aanbieder van de voorziening die met dat initiatief wordt geconfronteerd moet aantonen dat de betrokkene er niet voor in aanmerking komt. In het schoolplan en de schoolgids van de reguliere school voor basis- of voortgezet onderwijs zal daartoe een beleid inzake de toelating van geïndiceerde leerlingen moeten zijn beschreven.⁵³

Een en ander geldt overigens ook, zo mag worden aangenomen, bij de verwijdering van een leerling die aanvankelijk werd toegelaten. Zou de geboden afweging alleen bij toelating zijn vereist, dan is er alle ruimte om het leerrecht alsnog te frustreren door later tot verwijdering over te gaan. Dat kan niet de bedoeling zijn geweest van de wetgever. Om daadwerkelijke plaatsing op de reguliere school te bevorderen, of om verwijdering te voorkomen, kunnen de ouders zich wenden tot een onafhankelijke onderwijsconsulent, die vervolgens met hen en de school hierover in overleg treedt.⁵⁴ Indien dat geen soulaas biedt, kunnen de ouders tegen een weigering tot plaatsing of tegen verwijdering van hun kind bezwaar aantekenen, waarbij – alvorens er een beslissing op het bezwaar wordt genomen – een advies moet worden uitgebracht over de kwestie door de landelijke Adviescommissie Toelating en Begeleiding (ACTB), die ten behoeve van een goede invoering van het stelsel van LGF door de minister is ingesteld.⁵⁵

De geschilbeslechtende taak van de ACTB zal met ingang van 1 augustus 2009 worden overgenomen door de Commissie Gelijke Behandeling (CGB).⁵⁶ Over het verschil in rechtsbescherming dat daarvan het gevolg is, merkt de regering het volgende op. “Niet alleen kan de CGB toetsen op verzoek van ouder of leerling of onderscheid is of wordt gemaakt ten nadele van de leerling, maar zij kan ook op verzoek van het bevoegd gezag van de school adviseren of schoolbeleid uitgaat van ongelijke behandeling. Deze oordelende functie kan bijdragen aan het expliciteren van wat van scholen kan worden verwacht waar het gaat om het treffen van maatregelen en aanpassingen om het onderwijs aan leerlingen met een handicap of chronische ziekte vorm te geven. Naast het verbod op onderscheid in de sfeer van bejegening voorziet artikel 2 van de Wgbh/cz immers in de plicht tot het treffen van een doeltreffende aanpassing naar gelang de behoefte, mits dit redelijkerwijs verlangd kan worden.”⁵⁷ In § 4.2.4 komen we hier verder op terug.

De reguliere school die een geïndiceerd kind toelaat kan aanspraak maken op een specifieke vergoeding van het Rijk. Artikel 70a Wpo en 77a Wvo bevatten daartoe de grondslagen en berekeningswijzen. Sinds kort is er ook een zodanig artikel in de Wet

⁵³ Vgl. artikel 12 en 13 Wpo, en artikel 24 en 24a Wvo.

⁵⁴ Vgl. de toelichting bij *Regeling adviescommissie toelating en begeleiding (ACTB)*, Uitleg Gele Katern, nr. 29/30, 10 december 2003, p. 10.

⁵⁵ Zie artikel XII en XIII van de Wet regeling leerlinggebonden financiering, Stb. 2002, 631 en de *Regeling adviescommissie toelating en begeleiding (ACTB)*, Uitleg Gele Katern, nr. 29/30, 10 december 2003, p. 8-10.

⁵⁶ Zie Stb. 2009, 101 en wat betreft de datum van inwerkingtreding Stb. 2009, 117. Zie ook Kamerstukken II 2007/08, 30 859, nr. 8, p. 2/3.

⁵⁷ Idem, p. 3.

educatie en beroepsonderwijs opgenomen.⁵⁸ De problematiek van leerlinggebonden financiering voor de sector van het beroepsonderwijs zal evenwel in paragraaf 3.4 aan de orde worden gesteld. Over de besteding van het leerlinggebonden budget – een vorm van vraagsturing – kunnen de ouders afspraken maken met het bevoegd gezag van de reguliere school, welke worden opgenomen in een handelingsplan. Onderwijsconsulenten kunnen worden ingeschakeld bij geschillen tussen de reguliere school en de ouders over de besteding van het leerlingenbudget.

3.3.2 Recht op toegang: enkele vragen

Net als bij de wettelijke vastlegging van WSNS leidt de regeling van LGF tot een versterking van het leerrecht, in die zin dat bij positieve indicatie vrijwel automatisch een recht op toegang tot het speciaal onderwijs ontstaat. Verder zijn er zeker meer mogelijkheden voor ouders om hun kind met behulp van aangepaste voorzieningen op een reguliere school te plaatsen of te houden. Men kan bij de LGF-regeling zeker niet spreken van een toelatingsrecht tot de reguliere school, wel moeten en kunnen de besturen van reguliere scholen meer dan voorheen aan de wensen van ouders tegemoetkomen. Zij moeten aantonen dat er gezien de aard van de handicap van het kind onvoldoende mogelijkheden aanwezig zijn om adequaat onderwijs aan te bieden. Een belangrijke vraag is natuurlijk welke eisen moeten worden gesteld aan de bewijslast van het bevoegd gezag. Het kan niet zo zijn dat de enkele mededeling dat vanwege het gevoel bij de leerkrachten op de school, of erger nog: dat ingevolge het eigen schoolbeleid toelating van de betreffende leerling achterwege moet blijven, in redelijkheid voldoet. Uiteraard weten we dan nog niet precies wat dan wel moet gelden. Het is de verdienste van met name de ACTB dat hierover relevante noten zijn gekraakt in haar adviezen. Een volgende vraag is hoe de verruiming van de toelating van gehandicapte leerlingen tot regulier onderwijs zich verhoudt tot regels uit andere hoofde die gaan over toelating voor iedereen.

Op een en ander zal in het onderstaande worden ingegaan. Er wordt aandacht besteed aan de jurisprudentie van de ACTB en de rechter.

3.3.3 Toelating en verwijdering: jurisprudentie

Toetsingskader ACTB

Tot 1 augustus 2009 adviseert de ACTB bij geschillen tussen ouders en het bevoegd gezag over toelating van een voor het speciaal onderwijs geïndiceerde leerling tot een reguliere school van basis- of voortgezet onderwijs en over de besteding van het leerlinggebonden budget ten behoeve van die leerling.⁵⁹ Haar adviezen zijn naar de aard niet bindend.⁶⁰ Van belang is het toetsingskader dat de ACTB heeft ontwikkeld

⁵⁸ Zie Stb. 2008, 202.

⁵⁹ Zie de in noot 50 gegeven verwijzingen.

⁶⁰ De ACTB-adviezen zijn niet in extenso gepubliceerd. Op de website van de Adviescommissie is een overzicht geboden van de jaren 2004 en 2005, feitelijk de jaren waarin de advisering zich vooral heeft

voor de beantwoording van de vraag of het bevoegd gezag van een reguliere school in voldoende mate heeft aangetoond dat hij niet in staat is kwalitatief goed onderwijs te bieden aan een geïndiceerde leerling.

Dat toetsingskader wordt bepaald aan de hand van vier vragen: a. wat is nodig om de leerling op de school te kunnen laten functioneren; b. welke middelen staan de school ter beschikking (rugzakje, persoonsgebonden budget); c. wat is mogelijk op basis van deze middelen; d. waarom is de school niet in staat – ondanks de inzet van de middelen – de leerling kwalitatief goed onderwijs te bieden, afgestemd op diens behoeften? Het bevoegd gezag dient steeds de vier vragen in zijn afweging te betrekken. Daarbij dient het ook zoveel mogelijk gebruik te maken van rapporten van onafhankelijke deskundigen.⁶¹

Op grond van dit toetsingskader is het in ieder geval uitgesloten dat het bevoegd gezag van een reguliere school zich ten aanzien van de geïndiceerde leerling in het algemeen kan beroepen op restrictief beleid dat in de schoolgids of het schoolplan is neergelegd. Individuele toetsing door het bevoegd gezag is vereist. Tevens geldt daarbij een onderzoeksplicht: daadwerkelijk moet voor elk geval worden onderzocht of het onderwijs en/of de begeleiding van de betrokken leerlingen zo kan worden ingericht dat het aansluit op hun behoeften. De ACTB stelt zich tegenover de inhoudelijke afweging bij beslissingen door het bevoegd gezag in het algemeen terughoudend op. Procedurele maatstaven krijgen vooral de aandacht, zoals mag blijken uit de direct hieronder volgende adviezen.

Het beroep op het eigen aannamebeleid, waarin broertjes en zusjes van bestaande leerlingen en buurtkinderen voorrang krijgen en waarbij wordt gewerkt met een maximaal aantal beschikbare plaatsen per aanmeldingsronde, wordt afgewezen omdat het niet aan het vereiste van individuele toetsing voldoet.⁶² Evenmin is van individuele toetsing sprake wanneer ter onderbouwing van de afwijzende beslissing wordt gesteld dat kinderen met gedragsmoeilijkheden of een psychiatrische stoornis (vergelijkbaar met indicaties voor ZMOK-onderwijs) niet worden toegelaten.⁶³ Als er géén beleid in schoolgids of schoolplan is vastgelegd, wat overigens sinds de inwerkingtreding van de Wet regeling leerlinggebonden financiering in 2003 verplicht is,⁶⁴ kan dit uiteraard niet ten nadele van de zich aanmeldende leerling worden uitgelegd. Het bevoegd gezag zal dan in zijn afwijzingsbeslissing overtuigend moeten aantonen dat er sprake is geweest van een zorgvuldige belangenafweging voor het betreffende geval.⁶⁵ Voorts geldt dat de enkele stelling dat de zorgstructuur en het pedagogisch klimaat op de school onvoldoende basis bieden om de leerling adequaat

afgespeeld. Zie het overzicht van adviezen op: <

http://www.actb.nl/images/oc_actb_adviezen_van_de_actb.doc >.

⁶¹ Vgl. Rapportage ACTB 1 augustus 2006 – 1 augustus 2007, Den Haag, september 2007, p. 51. Zie ook op de website: [actb.nl](http://www.actb.nl).

⁶² Vgl. ACTB 2004/9; zie: < http://www.actb.nl/images/oc_actb_adviezen_van_de_actb.doc >.

⁶³ ACTB 2004/1, 2.

⁶⁴ Vgl. artikel 12, tweede lid, en artikel 13, eerste lid, onder c, Wpo; artikel 24, tweede lid, en artikel 24a, eerste lid, onder b, Wvo.

⁶⁵ ACTB 2004/1-3, 2004/6-8; zie: < http://www.actb.nl/images/oc_actb_adviezen_van_de_actb.doc >.

op te vangen, niet door de beugel kan.⁶⁶ Tenslotte zijn ook argumenten die verwijzen naar een tekort aan expertise in de school, naar een gebrekkig draagvlak voor toelating van de LGF-leerlingen in de school of naar gebouwtechnische bezwaren, onvoldoende draagkrachtig. Doorslaggevend moet zijn dat het bevoegd gezag in het betreffende geval onderzoek heeft gedaan en deskundigen heeft geraadpleegd, maar daarvan is geen sprake.⁶⁷

Toetsingskader rechtspraak

In een enkele uitspraak van de bestuursrechter wordt rechtstreeks naar het toetsingskader van de ACTB verwezen en lijkt het belang ervan voor de door bestuursorganen te verrichten afwegingen te worden onderstreept.⁶⁸ De bestuursrechter zelf lijkt evenwel een algemener kader voor toetsing te hanteren, hoewel dat niet lijkt te leiden tot ingrijpende verschillen met de positie van de ACTB. We nemen het voorbeeld van een rechtbankuitspraak en daarna een van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Naar blijkt, hebben vooral de bestuursrechters zich om de opzet van een toetsingskader bekommerd.

In een zaak uit 1997 achtte de rechter een besluit van het bestuur van een reguliere openbare basisschool om een lichamelijk en verstandelijk gehandicapt meisje niet toe te laten onvoldoende zorgvuldig afgewogen. Volgens de rechter kwam daarbij het individuele belang van het meisje, dat werd ondersteund door een geconstateerde meerwaarde van het volgen van regulier onderwijs en door feitelijk door de ouders aangedragen mogelijkheden van individuele begeleiding, onvoldoende uit de verf tegenover het algemene belang dat is gelegen in het voorkomen van verstoring van de voortgang van het onderwijs.⁶⁹ Volgens de rechtbank is er een afweging vereist, waarin zowel het individuele belang van het kind als het algemene belang van de schoolgemeenschap *herkenbaar* betrokken zijn.⁷⁰

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft haar positie als volgt verwoord:

“De Afdeling stelt voorop dat de ouders bij het plaatsen van [naam dochter] op een school weliswaar een keuzevrijheid hebben, maar deze keuzevrijheid kan, zoals blijkt uit de parlementaire geschiedenis van de LGF, worden beperkt door een combinatie van school- en leerlinggebonden factoren, zoals in dit geval de draagkracht van de school. Zoals ook de Afdeling eerder heeft overwogen in de uitspraak van 26 juli 1999, inzake nr. H01.98.1591 (aangehecht), waarin de plaatsing van [naam dochter] op een reguliere

⁶⁶ ACTB 2004/1 en 2.

⁶⁷ ACTB 2004/8.

⁶⁸ Zie vooral Vزر. Rb. Zwolle-Lelystad 19 mei 2005, Reg.nrs: AWB 05/324 en AWB 05/942; verder: ABRvS 16 november 2005, LJN: AU6238.

⁶⁹ Rb. Haarlem 18 juni 1997, zaaknr: Awb 96/3864 m.n. A.C. Hendriks, gepubliceerd in NJCM-bulletin, jrg 22 (1997), nr. 8, p. 995-1005 (Thiandi).

⁷⁰ Zie ook de casus van Pres.Rb. Zutphen 17 november 2003, LJN: AN9477; zaaknr: 5711/KG ZA 03-263.

basisschool onderwerp van geschil was, kunnen zowel pedagogisch-didactische als organisatorische bezwaren aan toelating in de weg staan. De aan de Bestuurscommissie op grond van artikel 27, eerste lid, van de WVO, in samenhang met artikel 2, eerste lid, van het Inrichtingsbesluit WVO toekomende bevoegdheid om op verzoeken om toelating van leerlingen te beslissen is een discretionaire bevoegdheid. *De maatstaf bij de te verrichten toetsing is niet de eigen beoordeling van de Afdeling over de toelating van [naam dochter] op een van genoemde scholen in Almere, maar de vraag of grond bestaat voor het oordeel dat de Bestuurscommissie kon weigeren Thiandi op deze scholen toe te laten (onze cursivering)."*

De Afdeling komt daarna tot de volgende overwegingen:

“de onvoorwaardelijke toelating van [naam dochter] (zal) zorgvuldig (..) moeten worden voorbereid om te voorkomen dat de grenzen van de belastbaarheid van de docenten en van de overige leerlingen worden overschreden en om zodoende de kwaliteit van het onderwijs aan zowel [naam dochter] als aan de overige leerlingen te kunnen waarborgen. Uit de ervaring van de school met de door de ouders genoemde leerling met vergelijkbare beperkingen als die van [naam dochter] die is toegelaten op Helen Parkhurst, is gebleken dat in dat geval bedoelde grenzen zijn bereikt en dat de school moeite heeft de kwaliteit van het onderwijs te waarborgen. Door de Bestuurscommissie is in het besluit van 26 september 2005 en ter zitting aannemelijk gemaakt dat de vrees dat een onvoorwaardelijke toelating van [naam dochter] zonder een gedegen voorbereiding van de school en de docenten zal leiden tot overbelasting van de docenten voorstelbaar is. De docenten zijn, anders dan hun collega's in Engeland, niet opgeleid voor het geven van onderwijs aan gehandicapte leerlingen en hebben hier geen ervaring mee. Bovendien is het, omdat de wet slechts een onvoorwaardelijke toelating kent, niet mogelijk een leerling voorwaardelijk toe te laten, om op die manier geleidelijk ervaring op te doen en toe te werken naar een onvoorwaardelijke toelating. Voorts is niet aannemelijk gemaakt dat het budget leerlinggebonden financiering dat de school ter beschikking staat toereikend is voor de noodzakelijke en wenselijke aanpassingen binnen de school, omdat de school slechts zeker is van een jaarlijks terugkerend budget leerlinggebonden financiering van €2.820,00. Het bedrag voor ambulante begeleiding komt, zoals de Bestuurscommissie ter zitting onweersproken heeft betoogd, in Almere niet aan de school ten goede maar aan de Stichting Gewoon Anders. De school kan hierop geen aanspraak maken. Derhalve heeft de Bestuurscommissie zich niet ten onrechte op het standpunt gesteld dat het

budget leerlinggebonden financiering ontoereikend is voor de opvang en begeleiding van [naam dochter].”⁷¹

Al met al kan er bij vergelijking met de vragen die het bevoegd gezag zich volgens de ACTB moet stellen niet zoveel verschil worden gevonden. De eis van individuele en zorgvuldige toetsing per geval staat ook in de rechtspraak voorop.⁷² Verder hanteert ook de Afdeling in de zojuist geciteerde uitspraak de maatstaf dat het bevoegd gezag aannemelijk moet maken dat het niet in staat is de leerling passend onderwijs te verstrekken en dat er een redelijke relatie moet zijn tussen het aanbod van de voorziening en de ter beschikking staande middelen. Wat evenwel opvalt is dat in dit geval voor het beoordelen van de aannemelijkheid van de stelling van het bevoegd gezag geen deskundigenrapport noodzakelijk wordt geacht, maar de ervaringen met een vergelijkbare leerling op een andere school van het bevoegd gezag afdoende worden geacht. De belangen van de docenten en van de andere leerlingen op de school lijken in deze uitspraak zodoende een prominentere rol te spelen dan in het algemeen valt te proeven uit de adviezen van de ACTB. Op de problemen die hiermee verbonden kunnen zijn, wordt in de alinea onder het kopje ‘gedragsproblemen’ ingegaan. Een expliciet toetsingskader ontbreekt in de jurisprudentie van de burgerlijke rechter, die – zoals bekend – heeft te oordelen bij geschillen over beslissingen van een bevoegd gezag in het bijzonder onderwijs. Overigens geldt ook in de rechtspraak, overeenkomstig de ACTB-lijn, een onderzoeksplicht voor het bevoegd gezag ter onderbouwing van zijn beslissing. Verder wordt er aan het deskundigenoordeel groot gewicht toegekend.⁷³

Toelaatbaarheid speciaal onderwijs als verwijderingsgrond

De inwerkingtreding van de Wet regeling leerlinggebonden financiering betekende een breuk met het verleden. De aanzienlijke beleidsretoriek over de daarbij verwezenlijkte verruiming van de mogelijkheden tot toegang, waarmee zij gepaard ging, kon niet verhinderen dat zij volgens de rechtspraak ook een nieuwe verwijderingsgrond met zich meebracht. Zo stelde de voorzieningenrechter begin 2005 ten aanzien van een bevoegd gezag vast dat het

“gebruik heeft gemaakt van artikel 40, eerste lid, van de Wpo in een situatie (..), waarin sprake is van een – noodzaak tot – verwijzing naar een school (of instelling) voor speciaal onderwijs. Uit de parlementaire geschiedenis van artikel 24 van de Wet op het basisonderwijs, de voorloper van artikel 40 van de Wpo, volgt dat met verwijdering niet is bedoeld de overgang naar een

⁷¹ ABRvS 16 november 2005, LJN: AU6238, r.o. 2.5.2.

⁷² Zie verder, heel duidelijk: Vزر. Rb. Zwolle-Lelystad 19 mei 2005, Reg.nrs: AWB 05/324 en AWB 05/942 en Vزر. Rb. Rotterdam 24 januari 2005, LJN: AS4379, J.O. 2005, nr. 5.

⁷³ Vزر. Rb. Zutphen 17 november 2003, J.O. 2004, nr. 1; Hof Arnhem 1 juni 2004, LJN: AR3579; Rb. Almelo 27 augustus 2004, LJN: AQ8307; Vزر. Rb. Zwolle 3 juli 2003, J.O. 2004, nr. 2; CGB 20 juli 2004, Oordeel 2004-94, J.O. 2004, nr. 33

school (of instelling) voor speciaal onderwijs maar bijvoorbeeld verwijdering wegens wangedrag (Memorie van Toelichting, kamerstukken 14428, nr. 3). In de Memorie van Antwoord (14428, nr. 12) wordt nadrukkelijk gesteld dat als de vereiste overeenstemming met de ouders niet wordt bereikt, de situatie ongewijzigd blijft. Een leerling die door een reguliere school wordt verwezen naar een school voor speciaal onderwijs blijft derhalve op de reguliere school als de school daarover geen overeenstemming kan bereiken met de ouders. Bedacht moet worden dat deze bepaling tot stand is gekomen in een tijd dat het een – grote – uitzondering was dat (zwaar) gehandicapte kinderen op een reguliere school aanwezig waren. (..) Gelet op de per 1 augustus 2003 in werking getreden Regeling leerlinggebonden financiering en de daarbij behorende uitgangspunten, is de voorzieningenrechter van oordeel dat artikel 40, eerste lid, van de Wpo thans ook kan worden toegepast als de school niet meer aan de zorgbehoefte van een gehandicapt kind kan voldoen.”⁷⁴

Gaat het bevoegd gezag eenmaal tot verwijdering over dan is het niet verplicht om binnen de acht-weken-termijn van artikel 40 Wpo voor de leerling een andere reguliere school te zoeken. Het alternatief van een ZMOK-school is in de gegeven omstandigheden niet onredelijk.⁷⁵

De eis van overeenstemming met de ouders bij verwijdering naar het speciaal onderwijs geldt onverkort als het bevoegd gezag eigenrichting dreigt te begaan: de Wpo biedt geen mogelijkheid een leerling van school te verwijderen op de enkele grond dat het bevoegd gezag van oordeel is dat er een indicatie bestaat voor speciaal onderwijs.⁷⁶ We nemen aan dat hetzelfde dient op te gaan voor de Wvo. Ook die biedt niet een mogelijkheid als hier bedoeld.

Handicap en gedragsproblemen

De zware eisen die aan de beoordeling van de toelaatbaarheid van LGF-geïndiceerde leerlingen tot het reguliere onderwijs worden gesteld (individuele beoordeling, onderzoeksplicht, eventueel deskundigenoordeel, afweging benodigde voorzieningen en beschikbare extra middelen), lijken niet of in mindere mate op te gaan als kan worden aangetoond dat zij specifieke gedragsproblemen met zich meebrengen. Een tweetal gevallen wordt hier naar voren gehaald.

In het eerste geval betrof het een meervoudig gehandicapt kind, ten aanzien van wie uit een deskundigenrapport bleek dat aan toelating tot een reguliere school grote voordelen zijn verbonden voor de sociaal-emotionele en cognitieve ontwikkeling. Niettemin oordeelde de burgerlijke rechter in 2002 dat het bevoegd gezag van de betreffende reguliere school in redelijkheid tot het oordeel had kunnen komen “dat het

⁷⁴ VZr. Rb. Rotterdam 24 januari 2005, LJN: AS4379; J.O. 2005, nr. 5.

⁷⁵ VZr. Rb. Zwolle 6 november 2007, LJN: BB7200. Zie ten aanzien van inschrijving aan een speciale school voor basisonderwijs binnen de acht-weken-termijn: Rb. Almelo 27 augustus 2004, LJN: AQ8307.

toelaten van B. de draagkracht van de school te boven ging en dat de school onvoldoende in staat zou zijn B. de benodigde individuele aanpak te geven, zonder dat daarmee het overige onderwijsaanbod onevenredig zou worden beïnvloed.” De rechter voegde daaraan toe “dat voldoende vast staat dat gedurende de periode dat B. heeft geparticipeerd op De Regenboog een aantal incidenten heeft plaatsgevonden, naar aanleiding waarvan tussen partijen diverse gesprekken hebben plaatsgevonden. Hieruit blijkt dat de participatie van B. op De Regenboog niet zonder problemen verliep.”⁷⁷

In een ander geval oordeelde de burgerlijke voorzieningenrechter dat de verwijdering van een leerling van de Praktijkschool onder gelijktijdige overgang naar een woon-werkproject in het betreffende geval niet onrechtmatig was. Het betoog van het bevoegd gezag over de voorvallen die met de betreffende leerling binnen school hebben plaatsgevonden worden, aldus de rechter, “niet integraal en met kracht van argumenten bestreden. [Zoon van eiser] heeft blijkens het verslag van het gesprek van 20 januari 2003 voorts tegenover een (relatieve) buitenstaander de voorvallen erkend.” Alles overziende is, aldus de voorzieningenrechter, “voldoende aannemelijk geworden dat, zoals in het besluit wordt gesteld, sprake is geweest van storend agressief (intimiderend) gedrag, en seksueel niet aanvaardbaar gedrag. Dat door dergelijk gedrag de orde, rust en veiligheid op de school wordt aangetast, is eveneens voldoende aannemelijk geworden.”⁷⁸

Dat gedragsproblemen de rechtvaardiging kunnen vormen voor het ontzeggen van (verdere) toelating aan een school is algemeen erkend in de jurisprudentie. Daarop wordt ook apart ingegaan elders in dit boek. Het ligt voor de hand op zichzelf geen uitzondering toe te staan op de “gedragsjurisprudentie” als het gaat om LGF-geïndiceerde leerlingen. Dat betekent dat bijvoorbeeld de verwijdering van een gehandicapte leerling met een rugzakje wegens gedragsproblemen net zo goed mogelijk moet zijn als bij andere leerlingen. Het belang van de veiligheid van de school, de docenten en andere leerlingen staat niet toe hier een andere, ten opzichte van niet-gehandicapte leerlingen ongelijke behandeling toe te staan. Dat ligt principieel niet anders als door het verblijf van de betreffende leerling op de reguliere school met behulp van leerlinggebonden financiering daadwerkelijk cognitieve en sociaal-emotionele vooruitgang wordt geboekt. Als er gedragsproblemen zijn en niet aannemelijk is geworden dat deze voor de toekomst uitblijven, kan het bevoegd gezag om die reden tot verwijdering overgaan.⁷⁹

Het is evenwel van groot belang dat ter rechtvaardiging van een verwijderings- of niet-toelatingbeslissing de grens tussen een gedragsprobleem dat de orde, rust en veiligheid in het gedrang brengt en een probleem van “handicap gerelateerd” gedrag, waarmee de school in logistieke of pedagogisch-didactische zin niet goed raad weet

⁷⁶ Rb. Haarlem 13 juni 2005, LJN: AT9498.

⁷⁷ Rb. Amsterdam 9 januari 2002, J.O. 2002, nr. 17.

⁷⁸ V.zr. Rb. Zwolle 3 juli 2003, J.O. 2004, nr. 2. Zie ook tenslotte v.zr. Rb. Zwolle-Lelystad 6 november 2007, LJN: BB7200.

zo scherp mogelijk wordt getrokken. Dit geldt temeer, nu voor de tweede gedragscategorie zwaardere eisen lijken te gelden bij de voorbereiding, onderbouwing en vormgeving van de beslissing door het bevoegd gezag.

Handicap en diplomagericht onderwijs

In een aantal adviezen heeft de ACTB geoordeeld over zaken waarin een meervoudig gehandicapte leerling, die de basisschool had afgesloten en mitsdien in beginsel toelaatbaar moest worden geoordeeld voor enige vorm van voortgezet onderwijs, toch de toegang werd ontzegd. In casu ging het om een leerlinge die met 14 jaar de basisschool had verlaten (artikel 39, vierde lid, Wpo). Artikel 3 van het Inrichtingsbesluit W.V.O. bepaalt dat tot het eerste leerjaar van een school van voortgezet onderwijs, niet zijnde praktijkonderwijs, als leerling kan worden toegelaten degene die afkomstig is van een school als bedoeld in de Wpo en aan het einde van het schooljaar de leeftijd van 14 jaar heeft bereikt. Zo'n leerling moet worden toegelaten tot het type voortgezet onderwijs waarvoor, in de zin van artikel 4 Inrichtingsbesluit WVO, geen onderzoek naar de geschiktheid van de leerling is voorgeschreven. Dit onderzoek geldt voor toegang tot VWO, havo en vmbo-t (theoretische leerweg). Het geldt niet voor het beroepsgerichte vmbo (basisberoepsgerichte en kaderberoepsgerichte leerweg), dat is algemeen toegankelijk. Ten aanzien van deze meervoudig gehandicapte leerling was onomstotelijk komen vast te staan dat zij van geen enkele vorm van voortgezet onderwijs het diploma zou kunnen halen. Kan nu worden gesteld dat de leerling krachtens het systeem van LGF niettemin toelaatbaar moet worden geoordeeld tot het beroepsgerichte vmbo binnen het voortgezet onderwijs?

Het antwoord luidt uiteindelijk ontkennend. Na het aanvankelijke oordeel dat het bevoegd gezag toegang moet verlenen, omdat de leerling volgens de geldende regelgeving voldoet aan alle voorwaarden voor toelating tot enige vorm van voortgezet onderwijs,⁸⁰ ging de ACTB om: het rugzakje in het kader van LGF kan niet zijn bedoeld om een leerling met een handicap toe te laten tot een voor hem of haar onhaalbaar niveau van onderwijs.⁸¹ Het uiteindelijke oordeel van de ACTB is later bevestigd door de rechter:

“de onderwijsbeperkingen van [dochter] (zijn) van dien aard (..), dat deze niet met LGF-middelen kunnen worden opgeheven. Appellanten hebben het tegendeel niet aannemelijk gemaakt. Het dagelijks bestuur heeft (..) dan ook in de aard en zwaarte van de handicap van [dochter] bezwaren van pedagogisch-didactische aard kunnen aannemen, die in de weg staan aan haar toelating. De

⁷⁹ V.zr. Rb. Zwolle-Lelystad 6 november 2007, LJN: BB7200.

⁸⁰ ACTB 2006/6, zie ook (impliciet) 2004/7.

⁸¹ Zie ACTB 2005/1-4.

rechtbank heeft terecht overwogen dat het dagelijks bestuur de toelating van [dochter] kon weigeren.”⁸²

De uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak markeert een belangrijke grens bij de voortgaande pogingen inclusief onderwijs te realiseren in Nederland. Het onderwijs met zijn verdeling in onderwijstypes, systematische leerlijnen en geformaliseerde instroom- en uitstroomniveaus hoort in de kern onaangetast te blijven in het proces van aanpassing aan de maatschappelijke emancipatie van personen met een handicap. Voor het onderwijs is deze vorm van selectie soorteigen, want kwalitatief hoogstaand onderwijs voor iedereen is een fundamenteel, nationaal belang waarvoor eigenlijk in de gegeven verhoudingen geen alternatief bestaat. En stellig is er veel te zeggen voor het uitgangspunt dat geen enkele emancipatie buiten goed onderwijs kan. In § 4.2.3 zullen we zien dat het criterium van geschiktheid voor het onderwijs ook onaantastbaar is bij de toepassing van de Wgbh/cz. Het probleem dat er voor bepaalde personen met een handicap apart, niet diploma- maar vooral zorggericht onderwijs zal moeten blijven bestaan, dat inspeelt en aansluit op hun handicap, blijft aldus ook levensgroot aanwezig. Op de vraag hoe dat georganiseerd moet worden en wie dat voor zijn verantwoordelijkheid neemt (overheid [OCW of VWS] of particulieren) is nog geen begin van discussie gevoerd. Het debat over onderwijs aan zorgleerlingen in het kader van de operatie Passend Onderwijs zal toch door het kiezen van dit jurisprudentiële uitgangspunt – dat ook weinig kritische reacties heeft opgeroepen – vooral beperkt blijven tot een vraagstuk van (voortgaande) reorganisatie van regulier en speciaal onderwijs in Nederland.

3.4 Leerwegondersteunend onderwijs en praktijkonderwijs

3.4.1 Wettelijke regeling

Komende in het voortgezet onderwijs, staan er voor leerlingen die er blijk van geven moeite te zullen hebben met de beschikbare leerwegen, twee opties open. Hij of zij komt terecht in een traject van leerwegondersteunend onderwijs (LWOO) dan wel komt in aanmerking voor praktijkonderwijs (PRO). In beide gevallen moet een indicatieprocedure worden doorlopen.

Volgens de memorie van toelichting bij de wet, waarbij beide vormen zijn ingevoerd, is het leerwegondersteunend onderwijs “bedoeld voor leerlingen die met kortlopende en incidentele hulp of met langdurige en meer structurele hulp in staat worden geacht het onderwijs in een van de leerwegen met succes af te ronden. Met andere woorden, dat zij een diploma behalen, of – in de basisvariant van de beroepsgerichte leerweg – een aantal exameneenheden afronden waarvan de inhoud is gerelateerd aan de

⁸² Zie ABRvS 16 mei 2007, LJN: BA5240. Zie ook lagere rechters op LJN: AY3954, AY3896 en AY3892. Zie verder met betrekking tot advies directeur basisschool tot toelating LWOO tegen zin van ouders: Hof Arnhem 12 december 2000, LJN: AB0029, besproken in § 3.4.2. Kritisch over deze

toelatingsvoorwaarden van het vervolgonderwijs.”⁸³ LWOO is dus geen zelfstandige leerweg, maar een samenstel van pedagogisch-didactische maatregelen voor leerlingen die extra zorg behoeven in een van de bestaande leerwegen. Het is in 1998 in de plaats gekomen voor individueel voorbereidend beroepsonderwijs, een vorm van voortgezet speciaal onderwijs.⁸⁴

Anders dan LWOO, leidt het praktijkonderwijs niet op voor een diploma, het “is bestemd voor leerlingen voor wie het eerste fase onderwijs eindonderwijs is.”⁸⁵ Ook anders dan LWOO, is het een zelfstandig onderwijstype. Op welke groep wordt gedoeld met praktijkonderwijs is ook helder verwoord in de memorie van toelichting: “een beperkte groep leerlingen van wie de capaciteiten het onwaarschijnlijk maken dat een vervolgopleiding succesvol kan worden afgerond.” Volgens de memorie tonen tal van ervaringen “in zowel het vso als in bijzondere projecten (..) aan dat met een passend aanbod, in samenwerking met een groot aantal instanties ontwikkeld, belangrijke en soms zelfs opmerkelijke resultaten kunnen worden behaald, zoals een reguliere baan op de arbeidsmarkt. Daarmee kan een groep jongeren die met het reguliere onderwijsaanbod zonder twijfel zou uitvallen, toch een redelijke kans op een zinvolle plaats in de samenleving worden geboden.”⁸⁶

Over de toelating tot leerwegondersteunend onderwijs en praktijkonderwijs beslist het bevoegd gezag. Bij LWOO beslist het bevoegd gezag na overleg met de ouders. Bij praktijkonderwijs beslist het bevoegd gezag, na overleg met de ouders en in overeenstemming met de andere bevoegde gezagen in het samenwerkingsverband als bedoeld in artikel 10h Wvo. In beide gevallen dient er, alvorens tot toelating kan worden besloten, een toelaatbaarheidsbeslissing te zijn afgegeven door de regionale verwijzingscommissie (RVC) als bedoeld in artikel 10g Wvo. Daarbij kan het niet zo zijn dat het bevoegd gezag toelating weigert als er een positieve toelaatbaarheidsbeslissing van de RVC is afgegeven.⁸⁷ Bij het praktijkonderwijs dient dan wel voor 1 oktober van het jaar de aanvraag bij de regionale verwijzingscommissie te zijn ingediend. Alleen het bevoegd gezag heeft het recht ter zake van LWOO en PRO een aanvraag bij de regionale verwijzingscommissie in te dienen.⁸⁸ Dat laatste is afwijkend van WSNS, waar juist de ouders het initiatiefrecht hebben met betrekking tot indicatie. Ook het indicatieorgaan, hier de RVC, is afwijkend van WSNS en LGF. Bij de laatste spelen respectievelijk de Permanente commissie leerlingenzorg (PCL) van het regionale samenwerkingsverband en de bij het Regionaal Expertise Centrum aangesloten Commissie voor de indicatiestelling (CvI) een rol, met afwijkende werkwijzen en criteria die volledig los van elkaar

rechtspraak: F. Vlemminx en R. Vlemminx, Het internationale perspectief van het recht op onderwijs voor de gehandicapte leerling, *Nederlands Tijdschrift voor Onderwijsrecht [NTOR]* 2008, p. 241-256.

⁸³ Regeling leerwegen mavo en vbo; invoering leerwegondersteunend en praktijkonderwijs, memorie van toelichting, Kamerstukken II 1996/97, 25 410, nr. 3, p. 4.

⁸⁴ A.w., p. 21.

⁸⁵ A.w., p. 4.

⁸⁶ A.w., p. 14/15.

⁸⁷ A.w., p. 12, resp. 17.

⁸⁸ Vgl. de regeling van artikel 10e, vierde lid, Wvo, artikel 10g, tweede lid, Wvo.

functioneren. De RVC beoordeelt de toelaatbaarheid aan de hand van een werkwijze en criteria die ook weer op zichzelf staan en die vanuit de centrale overheid, bij algemene maatregel van bestuur, zijn voorgeschreven.⁸⁹ Zij kan tegelijkertijd bij de beslissing inzake niet toelaatbaarheid tot het LWOO bepalen dat de leerling toelaatbaar is tot het PRO en vice versa.

3.4.2 *Toelating en verwijdering: jurisprudentie*

Er zijn twee rechterlijke uitspraken bekend met betrekking tot het LWOO en praktijkonderwijs. De eerste betreft de vraag in hoeverre de ouders een eventuele procedure van toelating tot LWOO kunnen voorkomen. Artikel 3, eerste lid, Inrichtingsbesluit WVO bepaalt, voor zover relevant, dat als leerling slechts tot het eerste leerjaar kan worden toegelaten, degene die “afkomstig is van een school voor basisonderwijs en bij wie naar het oordeel van de directeur van de school voor basisonderwijs de grondslag voor het volgen van aansluitend voortgezet onderwijs in voldoende mate is gelegd, (...)”. Het oordeel van de directeur van de basisschool wordt vastgelegd in een onderwijskundig rapport als bedoeld in artikel 42 van de Wet op het primair onderwijs. In het rapport ten aanzien van een leerling geeft de directeur te kennen het noodzakelijk te achten dat deze leerling wordt getest. Naar blijkt, is er bij het kind op de basisschool een leerachterstand geconstateerd en werd vastgesteld dat zij een sociaal en emotioneel wat teruggetrokken meisje is. Het bevoegd gezag van de school voor voortgezet onderwijs, waar de leerling wordt aangemeld, stelt zich op het standpunt dat de leerling niet kan worden toegelaten omdat bij de leerling de grondslag voor het volgen van voortgezet onderwijs nog niet in voldoende mate is gelegd. Het verlangt daarom dat de leerling eerst een test aflegt. Dan kan worden bepaald of de leerling in staat is aansluitend voortgezet onderwijs te volgen, al dan niet met behulp van LWOO. De ouders zijn het daarmee niet eens. Zij onthouden hun toestemming aan het afleggen van een test. Zij eisen dat hun kind in plaats daarvan onvoorwaardelijk wordt toegelaten tot de school. Onder verwijzing naar artikel 4 van het Inrichtingsbesluit WVO voeren de ouders aan dat alleen aanvullende toelatingsvoorwaarden mogen worden gesteld voor het eerste leerjaar vwo, havo en mavo en niet indien de school – zoals in dit geval – een gemeenschappelijk eerste leerjaar heeft met een school voor voorbereidend beroepsonderwijs. Het Hof stelt echter het bevoegd gezag in het gelijk.

“Uit het hiervoor weergegeven standpunt van de directeur volgt dat deze (vooralsnog) niet het krachtens artikel 3, eerste lid onder a, van het Inrichtingsbesluit W.V.O. voor toelating tot het eerste leerjaar van het v.b.o. vereiste oordeel wenst te geven dat bij [appellante sub 1] de grondslag voor het volgen van dit aansluitend voortgezet onderwijs in voldoende mate is gelegd. Naar het oordeel van het hof valt het standpunt van de directeur dat extra ondersteuning voor [appellante sub 1] lijkt te zijn aangewezen alleszins

⁸⁹ Besluit regionale verwijzingscommissies primair onderwijs, Stb. 2000, 159.

te billijken. De in het geding gebrachte bescheiden geven daartoe voldoende onderbouwing. Ook de ouders van [appellante sub 1] hebben in hun brief aan de rector van [naam nevenvestiging] van 11 juli 2000 aangegeven nooit te hebben ontkend dat extra ondersteuning voor [appellante sub 1] nodig zou zijn.

Op grond van het vorenoverwogene is het hof voorshands van oordeel dat niet kan worden gezegd dat, nu het (positieve) oordeel van de directeur van de basisschool ten aanzien van de aansluiting met het voortgezet onderwijs en een onderwijskundig rapport ontbreken, SBOO ten onrechte verlangt dat [appellante sub 1] alsnog de I-test aflegt. Eerst na ontvangst van de resultaten van die test – die een zo goed mogelijk beeld tracht te geven van de capaciteiten van [appellante sub 1], haar sociaal emotioneel functioneren en haar werkgedrag – zal (alsnog) kunnen worden beoordeeld of [appellante sub 1] in staat is tot het volgen van aansluitend voortgezet onderwijs aan [naam nevenvestiging], al dan niet met leerwegondersteunend onderwijs. Het vereisen van deze I-test is niet strijdig met artikel 4 Inrichtingsbesluit W.V.O. Met behulp van deze test wordt namelijk niet zozeer onderzocht of [appellante sub 1] geschikt zou zijn voor het volgen van v.b.o. aan [naam nevenvestiging], maar veeleer of [appellante sub 1] voor het volgen van dit – reguliere – onderwijs substantiële extra zorg nodig heeft in de vorm van leerwegondersteunend onderwijs.”⁹⁰

Dit arrest lijkt te refereren aan het beginsel dat bij leerlingen die specifieke zorg behoeven de feitelijke geschiktheid tot het volgen van onderwijs de ondergrens vormt. Zie ook de in § 3.3.3, onder het kopje ‘handicap en diplomagericht onderwijs’ behandelde uitspraak van de ABRvS en de later in § 4.2.3 te bespreken oordelen van de CGB. Toch gaat het hier niet om wel of niet toelating als zodanig, maar om de bepaling van het soort onderwijs waarop de toelating betrekking moet hebben. Wat dit arrest en de andere jurisprudentie evenwel gemeen hebben is dat er aan de toelating tot het voortgezet onderwijs altijd voorwaarden inzake de geschiktheid van de leerling kunnen worden gesteld. Een hard, afdwingbaar recht tot toelating tot het beroepsgerichte vmbo bestaat er na afsluiting van het basisonderwijs dus niet in alle gevallen.

De tweede uitspraak heeft betrekking op de vraag of het bevoegd gezag van een praktijkschool tot verwijdering van een leerling kan overgaan. Is het karakter van de praktijkschool juist niet dat er opvang moet worden geboden aan een categorie van jongeren waarvoor geen andere plaats in het (voortgezet) onderwijs beschikbaar is? Het antwoord luidt ontkennend. Een praktijkschool wordt niet anders gezien dan elke andere school. Dat betekent dat de mogelijkheden om handhavend en/of verwijzend ten opzichte van leerlingen op te treden, ook niet wezenlijk verschillen. Een dove

⁹⁰ Hof Arnhem 12 december 2000, LJN: AB0029.

jongen was geschorst van de praktijkschool vanwege seksueel intimiderend gedrag. Uiteindelijk besluit het bevoegd gezag hem over te plaatsen naar een woonwerkproject, een 24-uurs voorziening. De eiser vordert evenwel dat zijn zoon weer wordt toegelaten tot de praktijkschool. De burgerlijke voorzieningenrechter wijst de eis af. Volgens hem is het bevoegd gezag verantwoordelijk voor de orde, veiligheid en rust op de school. Bij beslissingen als de onderhavige heeft het bevoegd gezag, aldus nog steeds de rechter, een redelijke mate van beleidsvrijheid. Het bevoegd gezag heeft gesteld – en dat is onvoldoende van de kant van eiser weersproken – dat de door een deskundige aanbevolen wijze van begeleiding van de jongen niet mogelijk is op de praktijkschool. Verder komt het geboden alternatief van het woonwerkproject redelijk voor. De voorzieningenrechter concludeert daarom dat het bevoegd gezag niet onrechtmatig gehandeld jegens eiser heeft gehandeld.⁹¹

4. Toegang van gehandicapte personen tot het beroeps- en hoger onderwijs

4.1 Inleiding

Op het recht van toegang van gehandicapte personen tot het (reguliere) onderwijs waren tot voor kort uiteenlopende regelingen van toepassing voor de verschillende sectoren. In het primair en voortgezet onderwijs zijn er Weer Samen Naar School en Leerlinggebonden Financiering. Voor beroepsopleidingen, waartoe naast het middelbaar beroepsonderwijs zoals we nog zullen zien ook het hoger beroepsonderwijs en universitair onderwijs gerekend worden, geldt de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte.

In dit overzichtelijke beeld worden twee veranderingen aangebracht. Met ingang van 1 augustus 2009 zal ook het basis- en voortgezet onderwijs onder de werking van de Wgbh/cz worden gebracht. Daarbij zullen dan de adviestaken die de ACTB thans in geschillen over toelating verricht overgaan op de Commissie Gelijke Behandeling (CGB). Met één oog naar deze “nieuwe” sectoren zullen we in dit hoofdstuk de jurisprudentie van de CGB behandelen. Een tweede verandering betreft de wettelijke uitbreiding, sinds 2008, van de LGF-problematiek naar het middelbaar beroepsonderwijs. Hiermee wordt een al vanaf 1 januari 2006 bestaande Subsidieregeling leerlinggebonden financiering middelbaar beroepsonderwijs⁹² vervangen door nieuwe bepalingen in de Wet educatie en beroepsonderwijs. Voor geschillen tussen ouders en bevoegde gezagen van instellingen was in het kader van de Subsidieregeling geen specifieke voorziening getroffen, wat betekent dat men alleen naar de burgerlijke rechter zou hebben gekund. Van enig geschil inzake LGF in de sfeer van het beroepsonderwijs is evenwel niets bekend. Ook hiervoor zal vanaf augustus 2009 de CGB uitkomst kunnen bieden. De nieuwe ontwikkelingen laten zien dat bij de verdeling van de problematiek via verschillende regelingen over

⁹¹ Vزر. Zwolle-Lelystad 3 juli 2003, J.O. 2004, nr. 2.

verschillende onderwijssectoren in ieder geval meer eenheid van rechtsgang gaat ontstaan. Dat kan weer een belangrijke opstap betekenen voor een eenduidige regeling van de toekomstige verhoudingen via een zorgplicht Passend Onderwijs.

In het navolgende zullen we aandacht besteden aan de jurisprudentie van de CGB in het kader van de Wgbh/cz en aan de regeling LGF voor het beroepsonderwijs.

4.2 De Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte

4.2.1 Wettelijke regeling

De Wgbh/cz⁹³ is een uitvloeisel van Europese regelgeving⁹⁴ en beoogt ter bevordering van de deelneming op gelijke voet aan het maatschappelijke leven bescherming te bieden tegen discriminatie op grond van handicap of chronische ziekte in arbeid, beroep en beroepsopleidingen. Artikel 4, onder f., van de wet bevat een verbod van onderscheid⁹⁵ “bij het laten volgen van onderwijs, scholing en vorming tijdens of voorafgaand aan een arbeidsverhouding”. Artikel 6, onder b., van de wet verbiedt verder onderscheid bij “het verlenen van toegang tot, het aanbieden van, het afnemen van toetsen tijdens en het afsluiten van onderwijs dat gericht is op toetreding tot en functioneren op de arbeidsmarkt”. Hoewel de wet naast onderscheid ook een verbod op intimidatie bevat, richten we ons hier alleen op onderscheid.

Artikel 1 van de wet verstaat onder onderscheid direct en indirect onderscheid, alsmede de opdracht daartoe. Onder direct onderscheid wordt verstaan onderscheid tussen personen op grond van een werkelijke of vermeende handicap of chronische ziekte. Indirect onderscheid is dan onderscheid op grond van hoedanigheden of gedragingen die niet op zichzelf als direct onderscheid kunnen worden gekwalificeerd, maar die wel direct onderscheid tot gevolg hebben. Het gaat hier dan “om een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze waarin op onvoldoende wijze rekening is gehouden met de bijzondere positie van gehandicapten en chronisch zieken, waardoor deze groepen een nadelig effect ondervinden van deze regeling, maatregel of praktijk in die zin dat zij er niet of in mindere mate een beroep op kunnen doen, dan wel daardoor op onevenredige wijze worden belast.”⁹⁶

Niet alle onderscheid is verboden. Artikel 3, eerste lid, van de wet zondert specifiek een aantal handelingen of hoedanigheden van het verbod van (direct of indirect) onderscheid uit, namelijk als:

⁹² Ministeriële regeling van 7 december 2005, onder kenmerk BVE/Stelsel-2005/51571.

⁹³ Stb. 2003, 206.

⁹⁴ Richtlijn nr. 2000/78/EG van de Raad van de Europese Unie van 27 november 2000, tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (PbEG, 2000, L303).

⁹⁵ In plaats van “ongelijke behandeling” (artikel 1 Grondwet) of (het Europeesrechtelijke begrip) “discriminatie” wordt in de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving gebruik gemaakt van de neutrale term onderscheid. Over overeenkomsten en verschillen tussen een en ander raadplege men: R. Holtmaat, Discriminatie of onderscheid, juridisch deelonderzoek 1, in: M.L.M. Hertogh en P.J.J. Zoontjens (red.), *Gelijke behandeling: principes en praktijken*. Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 1-113.

⁹⁶ Kamerstukken II 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 10.

- a. het onderscheid noodzakelijk is ter bescherming van de veiligheid en de gezondheid;
- b. het onderscheid een regeling, norm of praktijk betreft die tot doel heeft specifieke voorzieningen en faciliteiten te creëren of in stand te houden ten behoeve van personen met een handicap of chronische ziekte;
- c. het onderscheid een specifieke maatregel betreft die tot doel heeft personen met een handicap of chronische ziekte een bevoorrechte positie toe te kennen ten einde feitelijke nadelen verband houdende met de gronden handicap of chronische ziekte op te heffen of te verminderen en het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot dat doel.

Verder geldt er krachtens het tweede lid van artikel 3 een generieke uitzondering van het verbod van indirect onderscheid, “indien dat onderscheid objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.”

Voor klachten of adviezen over inbreuk op het wettelijke verbod van onderscheid kan men terecht bij de CGB. De CGB heeft de bevoegdheid een klacht te onderzoeken en tot een oordeel te komen over de vraag of de gelijkebehandelingswetgeving is overtreden. In afwijking van het burgerlijk procesrecht zijn partijen in een procedure bij de CGB niet primair verantwoordelijk voor het aandraagen van feiten en zonodig het bewijs daarvan. De CGB stelt zelf een onderzoek in. Het oordeel dat daaruit voortvloeit, is niet bindend. Ook kan de CGB op verzoek van een betrokken natuurlijke persoon of rechtspersoon adviseren, wanneer deze wenst te weten of hij verboden onderscheid maakt in de zin van de wet. Ook deze adviezen zijn niet bindend. Na de CGB kan men altijd naar de rechter. Door het gezag dat de CGB zich gaandeweg heeft verworven in de rechtspraak vormt zij een aantrekkelijk en laagdrempelig (want kosteloos) alternatief voor het instellen van een vordering bij de rechter. In de regel – zo bleek uit de eigen evaluatie van de CGB over de periode 1999-2004 – volgen partijen de oordelen of adviezen. In 2003 werd een opvolgingspercentage van 60% en over de eerste helft van 2004 zelfs 76% vastgesteld.⁹⁷ Verder is gebleken dat in 81% van de gevallen, waarin na een oordeel van de CGB een rechterlijke procedure wordt gestart, het oordeel expliciet wordt meegewogen in de uitspraak, het vonnis of het arrest. In 61% van de gevallen werd het oordeel zelfs door de rechter opgevolgd.⁹⁸

Voor degenen die stellen dat ten aanzien van hen verboden onderscheid heeft plaats gevonden worden twee sporen gevolgd in de wet. In de eerste plaats wordt hun de mogelijkheid geboden een oordeel te vragen van de CGB dat het om wel of niet

⁹⁷ Het verschil gemaakt. Evaluatie Awgb en werkzaamheden CGB 1999-2004, Utrecht: uitgave CGB 2004, p. 78.

⁹⁸ A.w., p. 95.

verboden onderscheid gaat. Daarbij geldt een omgekeerde bewijslast. Artikel 10, eerste lid, Wgbh/cz luidt:

“Indien degene die meent dat te zijnen nadeel een onderscheid is of wordt gemaakt als bedoeld in deze wet, in rechte feiten aanvoert die dat onderscheid kunnen doen vermoeden, dient de wederpartij te bewijzen dat niet in strijd met deze wet is gehandeld.”

In de tweede plaats kan de CGB gevraagd worden uit te spreken dat alleen met het aanbrengen van een doeltreffende aanpassing ten behoeve van de betrokken gehandicapte of chronisch zieke het verboden onderscheid kan worden opgeheven.

Artikel 2 Wgbh/cz luidt als volgt:

“Het verbod van onderscheid houdt mede in dat degene, tot wie dit verbod zich richt, gehouden is naar gelang de behoefte doeltreffende aanpassingen te verrichten, tenzij deze voor hem een onevenredige belasting vormen.”

Krachtens artikel 10, tweede lid, is ook hier sprake van omgekeerde bewijslast:

“Indien degene die meent dat te zijnen nadeel is gehandeld in strijd met artikel 2 in rechte feiten aanvoert die kunnen doen vermoeden dat is nagelaten doeltreffende aanpassingen te treffen, dient de wederpartij te bewijzen dat niet in strijd met deze bepaling is gehandeld.”

4.2.2 Effecten van de regeling voor beroepsopleidingen

Alvorens we toekomen aan de oordelen van de CGB krachtens de Wgbh/cz dient melding te worden gemaakt van een onderzoek naar de stand van zaken met betrekking tot de toegankelijkheid van beroepsonderwijs, dat in opdracht van de CGB is verricht en in november 2007 is gepubliceerd.⁹⁹ Het wettelijke begrip beroepsopleiding dient ruim te worden opgevat, zoals we nog zullen zien in § 4.2.3. Als belangrijkste bevinding van het onderzoek wordt het volgende opgemerkt:

“De toegankelijkheid van het beroepsonderwijs is niet optimaal voor studenten met een handicap of chronische ziekte. Het gaat hierbij om toegankelijkheid in brede zin, dus niet alleen de fysieke toegankelijkheid, maar ook om bijvoorbeeld de begeleiding van studenten. De meeste instellingen voor beroepsonderwijs hebben beleid opgesteld om te waarborgen dat hun opleidingen toegankelijk zijn voor studenten met beperkingen. Desondanks ervaren studenten met een handicap dat instellingen voor beroepsonderwijs onvoldoende ondersteuning bieden, verloopt het aanvragen van aanpassingen moeilijk en worden zij vanwege hun handicap onheus bejegend door medewerkers van de onderwijsinstellingen.”

⁹⁹ Onderzoek van de Commissie Gelijke Behandeling naar de toegankelijkheid van het beroepsonderwijs voor gehandicapten en chronisch zieken, Utrecht: CGB november 2007, te raadplegen op www.cgb.nl. Voor het navolgende is gebruik gemaakt van de samenvatting van dit onderzoek.

In het onderzoek wordt op een aantal feitelijke knelpunten gewezen, waarvan de volgende de belangrijkste zijn:

- Ontoereikende expertise van het onderwijspersoneel. Er is onvoldoende kennis over handicaps, beperkingen en mogelijke aanpassingen.
- Vooroordelen bij docenten en bestuur van de instelling. Als voorbeeld wordt het volgende citaat uit het empirisch onderzoek gelicht: “Ik krijg wel vaker te horen dat ik het vast wel kan als ik maar heel hard mijn best doe. Dit is voor mij vervelend, omdat ik dan telkens opnieuw moet uitleggen dat ik bepaalde dingen echt niet kan leren.”
- Studenten weten niet wat hun rechten zijn, bijvoorbeeld dat zij in principe recht hebben op doeltreffende aanpassingen, maar dat ze hier wel zelf om moeten vragen bij de school.
- Er is een gebrek aan uniformiteit tussen en binnen de onderwijsinstellingen. Dit leidt tot willekeur bij de toelating tot de opleiding en bij de beslissing of aanpassingen worden gerealiseerd.
- Veel scholen geven aan dat zij onvoldoende financiële middelen hebben om studenten met een handicap goed te kunnen begeleiden. De leerlinggebonden financiering van de studenten is niet altijd afdoende.
- Competentiegericht onderwijs is voor sommige studenten met een handicap of chronische ziekte niet geschikt. Hierdoor kunnen zij bepaalde onderdelen van de studie niet goed afronden, terwijl zij over het geheel genomen prima resultaten behalen. Voor autistische studenten is het bijvoorbeeld veel moeilijker om zich sociale competenties eigen te maken.
- Diplomafinanciering in het MBO leidt ertoe dat sommige MBO scholen minder geneigd zijn om studenten met een beperking aan te nemen.

De CGB beveelt aan om meer te investeren in scholing van het personeel en in de voorlichting van studenten en instellingen. Daarnaast ziet zij een concreet aantal maatregelen weggelegd voor de minister van OCW:

- Om te bereiken dat onderwijsinstellingen van beroepsonderwijs meer aandacht besteden aan gehandicapte en chronisch zieke studenten en eenduidig beleid voeren, is het zinvol om hiervoor richtlijnen op te stellen.
- Om te zorgen dat scholen meer armslag hebben om leerlingen met beperkingen te ondersteunen, kan het Ministerie van OCW overwegen om een deel van de lumpsum van scholen te oormerken, dan wel stimuleringsgelden beschikbaar te stellen voor algemene voorzieningen die niet onder de leerling gebonden financiering vallen.
- Er kan onderzocht worden in hoeverre het competentiegericht onderwijs aanpassing behoeft, zodat het ook voor gehandicapte en chronisch zieke leerlingen toegankelijk is. Bijvoorbeeld door voor sommige onderdelen van de

- opleiding een vrijstelling te geven in verband met de handicap of chronische ziekte. Dit kan eventueel op het diploma of de cijferlijst opgenomen worden.
- Overwogen kan worden om de diplomafinanciering in het MBO af te schaffen.

4.2.3 Verboden onderscheid bij toegang: oordelen CGB

Vanaf 2004 heeft de CGB 21 oordelen gewezen op het vlak van beroepsopleidingen. Dit begrip moet ruim worden opgevat. Het gaat, aldus de memorie van toelichting bij de wet, om praktijkonderwijs in het voortgezet onderwijs, het middelbaar en hoger beroepsonderwijs, maar ook om universitair onderwijs. Het voortgezet onderwijs (regulier en volwassenenonderwijs) valt in principe niet onder de werking van de wet, aangezien er bij dit onderwijs geen sprake is van onderwijs dat gericht is op toetreding tot de arbeidsmarkt. Alleen het praktijkonderwijs vormt hierop een uitzondering.¹⁰⁰ De reeks oordelen valt grofweg uiteen in twee categorieën: met betrekking tot toelating tot een opleiding, respectievelijk de verplichting om voor doeltreffende aanpassingen te zorgen in de school of instelling.

Toelating tot de beroepsopleiding

De CGB hanteert als vaste lijn het uitgangspunt dat er eerst sprake kan zijn van onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte als vaststaat dat de betrokkene geschikt is voor de in het geding zijnde opleiding, “in de zin van bekwaam, in staat en beschikbaar”.¹⁰¹ Dat betekent dat, als de geschiktheid van de verzoeker voor de opleiding van verweerder wordt bestreden, dit allereerst dient te worden onderzocht.¹⁰² In het geval wordt vastgesteld dat de betrokkene ongeschikt is, komt de CGB niet toe aan de vraag of specifieke aanpassingen moeten worden aangebracht¹⁰³ of dat er met het niet verlengen van het arbeidscontract met een promovenda die aan MS lijdt, onderscheid wordt gemaakt.¹⁰⁴

Het oordeel van het bevoegd gezag van de instelling die beroepsonderwijs aanbiedt, dat de betrokkene in verband met zijn handicap of chronische ziekte ongeschikt moet worden geacht tot het volgen van een opleiding dient te berusten op door onderzoek verkregen adequate en geobjectiveerde informatie¹⁰⁵ en dient aan eisen van zorgvuldigheid te voldoen, zowel wat betreft totstandkoming als bekendmaking.¹⁰⁶ Als het bevoegd gezag een licht autistische student de toegang weigert zonder via een beroepsgericht onderzoek te laten vaststellen hoe groot de slagingskansen van de student zou zijn aan de mbo-opleiding waarvoor deze zich aanmeldt, moet worden

¹⁰⁰ Kamerstukken II 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 37.

¹⁰¹ CGB 13 mei 2008, oordeel, 2008-51. Zie ook Kamerstukken II 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 10.

¹⁰² CGB 25 oktober 2004, oordeel 2004-139, CGB 9 februari 2005, oordeel 2005-18, CGB 13 mei 2008, oordeel, 2008-51.

¹⁰³ CGB 11 mei 2006, oordeel 2006-90; CGB 12 mei 2006, oordeel 2006-95.

¹⁰⁴ CGB 24 april 2008, oordeel 2008-43.

¹⁰⁵ CGB 20 juli 2004, oordeel 2004-94.

¹⁰⁶ CGB 13 mei 2008, oordeel 2008-51.

geconcludeerd dat het zich enkel heeft laten leiden door vooronderstellingen met betrekking tot diens beperkingen.¹⁰⁷ Het bestuur gaat tevens, en ten onrechte, van “algemene opvattingen” en “stereotyperingen” uit als het een sollicitant afwijst voor een stage op zijn instelling voor ambulante woonbegeleiding vanwege sollicitantes telefonische mededeling dat zij in een rolstoel zit. In plaats daarvan had het in de rede gelegen om de betrokkene uit te nodigen voor een gesprek en haar individuele situatie na adequaat onderzoek te beoordelen.¹⁰⁸ Een universiteitsbestuur dat een spastische student, die zich aanmeldt voor de opleiding Toegepaste Communicatiewetenschap, in een brief een selectie van eindtermen van de opleiding voorlegt die een probleem voor hem kunnen zijn, maakt verboden onderscheid in de bejegening. Het bestuur heeft de selectie van eindtermen ongevraagd toegezonden zonder te onderzoeken of het behalen hiervan vanwege de handicap van betrokkene daadwerkelijk een probleem zal zijn.¹⁰⁹ Ten slotte is de (voorwaardelijke) weigering van toegang door het ROC-bestuur, vanwege de inschatting dat de betrokken deelnemer in de opleiding waarvoor die zich aanmeldt een uiterst geringe kans van slagen zal maken, onzorgvuldig tot stand gekomen en bekendgemaakt. Het verweer van het bestuur dat het zich bij zijn beslissing baseerde op eerdere ervaringen met de betrokkene bij opleidingen aan zijn instelling, mocht niet baten. Het bestuur had de mogelijkheden om te voorzien in doeltreffende aanpassingen ten behoeve van de deelnemer niet in zijn oordeelsvorming betrokken en had dat wel moeten doen. De (voorwaardelijke) weigering was derhalve onzorgvuldig. Het daarbij gegeven advies om een opleiding aan een instelling voor gehandicapte leerlingen te volgen was, doordat het niet was ondertekend door het bevoegd gezag maar de examencommissie, onzorgvuldig bekendgemaakt.¹¹⁰

Bij de beoordeling van de geschiktheid zijn “wezenlijke” functievereisten of opleidingseisen niet in het geding, aldus de memorie van toelichting.¹¹¹ Dat betekent dat de kwalificatie “ongeschikt” niet leidt tot verboden onderscheid, als de handicap of chronische ziekte van betrokkene zodanige belemmeringen met zich meebrengt dat vastgesteld moet worden dat de gestelde opleidingsdoelen niet kunnen worden gehaald of geen aansluiting mogelijk is met het beroep waarvoor wordt opgeleid. Volgens de CGB heeft de weigering van toegang tot de opleiding Medewerker Informatiedienstverlening omdat bij de aspirant-deelnemer de kerncompetenties goede communicatie en flexibiliteit onvoldoende “ontwikkelaar” aanwezig zijn, betrekking op wezenlijke eisen en leidt deze derhalve niet tot onderscheid.¹¹² De afwijzing door een instellingsbestuur voor toelating tot een opleidingsplaats voor verpleegkundige vanwege het feit dat de betrokkene op grond van haar handicap geen nachtdiensten kan verrichten wordt evenwel niet acceptabel geacht. Hoewel niet kan

¹⁰⁷ CGB 20 juli 2004, oordeel 2004-94.

¹⁰⁸ CGB 29 november 2005, oordeel 2005-230.

¹⁰⁹ CGB 6 april 2006, oordeel 2006-60.

¹¹⁰ CGB 13 mei 2008, oordeel 2008-51.

¹¹¹ Kamerstukken II 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 10.

¹¹² CGB 20 maart 2008, oordeel 2008-28.

worden uitgesloten dat het verrichten van nachtdienst een wezenlijk onderdeel uitmaakt of zou moeten uitmaken van de betreffende opleiding, volgt dit niet zonder meer uit de naar voren gebrachte argumenten en evenmin uit de vigerende opleidingspraktijk.¹¹³

Ook in een enkel vonnis van de burgerlijke rechter spelen wezenlijke vereisten voor opleiding of beroep een doorslaggevende rol, zonder dat de Wgbh/cz daarbij overigens in de beschouwing wordt betrokken. Nadat een deelnemer is toegelaten tot het ROC openbaart zich bij hem het syndroom van Asperger, een vorm van autisme. Daarom heeft de deelnemer extra structuur en begeleiding nodig. Het ROC-bestuur stelt dat het die niet kan bieden. Bovendien maakt de hoedanigheid hem ongeschikt, aldus het ROC, voor het beroep waarvoor hij de opleiding volgt, namelijk manager opslag en vervoer. De rechter oordeelt:

“Hoewel uit de stukken kan worden afgeleid dat ROC Eindhoven heeft geprobeerd [X] zoveel mogelijk begeleiding te bieden, hetgeen onder meer heeft geresulteerd in het opstellen van een handelingsplan medio december 2006 en zij daarbij wellicht (onbedoeld) bij [eisers] de verwachting heeft gewekt dat [X] zijn opleiding bij ROC Eindhoven zou kunnen afronden kan dit thans niet afdoen aan het redelijke standpunt van ROC Eindhoven dat de opleiding niet geschikt is voor [X] en zij de door [X] benodigde begeleiding niet kan en wil bieden. Daarbij is tevens van belang dat ROC Eindhoven [X] reeds vier keer (de eerste keer medio 2005) een negatief studieadvies heeft verstrekt, zodat voor [eisers] ook duidelijk moet zijn geweest dat deze opleiding voor [X] niet geschikt was.

Hoewel [X] er belang bij heeft zijn opleiding af te ronden, dient het belang van ROC Eindhoven, die de kwaliteit van het onderwijs, haar eigen belangen en die van de overige 1500 leerlingen moet bewaken, bij beëindiging van de onderwijsovereenkomst, na afweging van de belangen, zwaarder te wegen. Daarbij neemt de voorzieningenrechter in aanmerking dat [X] kennelijk met de opleiding zelf niets wil doen (hij wil immers vrachtwagenchauffeur worden) en hij bovendien, blijkens de brief van het Regionaal Expertise Centrum Chiron van 23 augustus 2006, in aanmerking komt voor speciaal onderwijs, waar hij wel de individuele begeleiding kan krijgen die hij nodig heeft.”¹¹⁴

Aanbrengen van doeltreffende aanpassingen

In een reeks van oordelen heeft de CGB zich uitgelaten over de vraag hoe ver de plicht tot het aanbrengen van doeltreffende aanpassingen strekt. In de eerste plaats is daarbij van belang wat eronder verstaan moet worden. In het algemeen zijn aanpassingen doeltreffend als mensen met een handicap of chronische ziekte daardoor

¹¹³ CGB 10 maart 2006, oordeel 2006-35.

¹¹⁴ V.zr. Rb. Den Bosch 10 oktober 2007, LJN: BB5247.

in staat worden gesteld op voet van gelijkheid te participeren in de samenleving.¹¹⁵ Zoals de CGB het formuleert, en dat is in dit kader van belang, is een aanpassing doeltreffend als zij is gericht op het wegnemen van belemmeringen voor het “gelijkkelijk” deelnemen aan het beroepsonderwijs.¹¹⁶ Gegeven deze omschrijving wordt een verzoek om aanpassing niet gehonoreerd als zij dient voor persoonlijke verzorging en andere alledaagse levensbehoeften, en geen relatie onderhoudt met “de organisatie, inrichting of andere wijze waarop het beroepsonderwijs is geregeld”. Men denke hierbij aan een verzoek om assistentie bij de toiletgang in de onderwijsinstelling: dat is iets wat thuis ook noodzakelijk is en is dus niet typisch een instellingsverantwoordelijkheid.¹¹⁷ Ook hoeft een verzoek om aanpassing niet te worden gehonoreerd als daarmee het feitelijke nadeel van betrokkene bij deelname onvoldoende afneemt of wordt opgeheven. Zo hoeft de universiteit ten aanzien van een dyslectische student geen tijdverlenging bij de schriftelijke tentamens toe te staan, nu niet kan worden vastgesteld dat dit bij de paar pogingen die hij heeft ondernomen over een tijdvak van drie jaar tot een hoger cijfer zou hebben geleid en de student in zijn eerste studiejaar meer dan de helft van zijn studiepunten heeft behaald zonder tijdverlenging.¹¹⁸ Voor aan te brengen aanpassingen kunnen door de instelling geen kosten in rekening worden gebracht die alleen ten laste van gehandicapten of chronisch zieken komen.¹¹⁹

Of een aanpassing noodzakelijk is, is niet afhankelijk van de wensen van de betrokken gehandicapte leerling, deelnemer of student, maar dient aan de hand van objectieve criteria te worden vastgesteld.¹²⁰ Daarbij gelden een zekere informatie- en onderzoeksplicht van de zijde van de instelling,¹²¹ in die zin dat de onderwijsvragende moet worden ingelicht over het beleid van de instelling en de instelling bij hem actief navraag moet doen over eventuele te treffen aanpassingen. Als evenwel het verzoek van de onderwijsvragende te ongespecificeerd is, kan het het instellingsbestuur niet worden verweten dat geen aanpassingen zijn verricht.¹²² Het initiatief om te komen tot een doeltreffende aanpassing ligt uiteindelijk bij de chronisch zieke (of gehandicapte).¹²³ Het instellingsbestuur moet een zekere voortvarendheid betrachten bij de reactie op een verzoek en bij de te verrichten aanpassingen.¹²⁴

4.3 LGF in het beroepsonderwijs

¹¹⁵ Kamerstukken II 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 8.

¹¹⁶ CGB 29 juni 2006, oordeel 2006-132, CGB 6 april 2006, oordeel 2006-59, CGB 6 april 2006, oordeel 2006-60.

¹¹⁷ CGB 6 april 2006, oordeel 2006-59, CGB 6 april 2006, oordeel 2006-60.

¹¹⁸ CGB 27 mei 2004, oordeel 2004-59.

¹¹⁹ CGB 26 oktober 2004, oordeel 2004-140.

¹²⁰ CGB 10 juli 2007, oordeel 2007-128.

¹²¹ Zie specifiek over de plicht van de instelling om te onderzoeken of het niet behalen door de betrokken student van een reeks toetsen, aanpassingen voor hem noodzakelijk maakt: CGB 9 februari 2005, oordeel 2005-18.

¹²² CGB 29 mei 2008, oordeel 2008-56.

¹²³ CGB 1 mei 2006, oordeel 2006-81.

¹²⁴ CGB 31 januari 2005, oordeel 2005-11.

In de Wet educatie en beroepsonderwijs zijn bepalingen opgenomen, waarbij de problematiek van LGF vanuit het primair en voortgezet onderwijs wordt doorgetrokken naar het beroepsonderwijs.¹²⁵ De wettelijke regels volgen op een ministeriële subsidieregeling LGF die al vanaf 1 januari 2006 van kracht was, en bij de inwerkingtreding van de wet is komen te vervallen. Een korte bespreking, waarbij met name zal worden uitgeput uit de memorie van toelichting.

Hoe werkt het? “Om in aanmerking te komen voor LGF vraagt een deelnemer, op eigen initiatief of op advies van de BVE-instelling, een indicatie aan bij een Commissie voor de Indicatiestelling (hierna: CvI), verbonden aan een Regionaal Expertisecentrum (hierna: REC). Deze CvI bepaalt aan de hand van bij algemene maatregel van bestuur vastgestelde criteria of de deelnemer hiervoor in aanmerking komt. Aan een BVE-instelling wordt vervolgens aan de hand van de indicatiestelling van een deelnemer een leerlinggebonden budget verleend. De procedure daarvoor gaat als volgt. Een instelling doet melding aan de minister van de inschrijving van een deelnemer met een indicatie en geeft hierbij tevens aan welke school voor (v)so de ambulante begeleiding zal verzorgen. Op grond van deze melding verleent de minister een bij algemene maatregel van bestuur vastgesteld deel van het leerlinggebonden budget aan deze school voor (v)so. Indien de deelnemer met een nog geldige indicatiestelling uit het PO/VO doorstroomt naar het beroepsonderwijs, dan kan voor deze deelnemer voor de resterende duur van de indicatiestelling LGF verleend worden. Zodra de geldigheid ervan verstrijkt, moeten de deelnemer of de ouders, voogden of verzorgers van de deelnemer een nieuwe indicatie aanvragen bij een CvI.” Er zijn intussen ook belangrijke verschillen met de regeling in PO en VO. Dat betreft een aantal punten:

“a. De sector BVE heeft geen speciaal onderwijs. De indicatie van een leerling boven de 20 jaar is dan ook niet bedoeld om een keuze mogelijk te maken tussen regulier en speciaal onderwijs.

b. De leeftijdsgrens voor LGF in PO/VO is 20 jaar. In de BVE-regeling kan een deelnemer die van het VO komt bij aanvang van de beroepsopleiding maximaal zeven jaar gebruik maken van leerlinggebonden financiering.

(..) De leeftijdsgrens van 30 jaar is losgelaten in verband met het inwerkingtreden van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid. Het volgen van beroepsonderwijs valt onder de reikwijdte van die wet.”¹²⁶

5. Naar een stelsel van “Passend Onderwijs”

5.1 De plannen

¹²⁵ Stb. 2008, 202.

¹²⁶ Memorie van toelichting, regeling invoering leerlinggebonden financiering voor deelnemers in het beroepsonderwijs, Kamerstukken II 2006/07, 31 037, nr. 3, p. 3/4.

Bij brief van 30 september 2005 aan de Tweede Kamer introduceerde de vorige minister van OCW, Maria van der Hoeven, een notitie over vernieuwing van de zorgstructuren in het funderend onderwijs. Die notitie was in grote lijnen het resultaat van een initiatief van de organisaties van besturen, management en personeel in het funderend onderwijs en kan daardoor als een actie van onderop worden gezien. Nadien zijn er onder opvolgende bewindslieden verschillende notities gevolgd, waardoor Passend Onderwijs steeds dichterbij komt. Er is ook wel wat aan de hand. De gescheiden systemen van WSNS, LGF, PRO en LWOO hebben veel goeds gebracht, maar hebben ook een woud aan regels geproduceerd waarin sommige leerlingen en hun ouders gemakkelijk verstrikt kunnen raken. Wie in het ene systeem, bijvoorbeeld WSNS, indicatie voor zijn kind heeft verkregen, heeft geen enkele zekerheid die ook in het andere te kunnen krijgen. De procedures en criteria werken alleen voor en binnen het eigen systeem en zijn onderling ook verschillend. Niet alleen de ouders maar ook de scholen weten vaak niet hoe de regels luiden of moeten worden toegepast. De minister licht het in haar startnotitie als volgt toe: “In de huidige procedure wordt eerst nagegaan of de leerling het beste past in het WSNS-traject, het LWOO/PRO, of het (voortgezet) speciaal onderwijs. Vervolgens moet er een indicatie komen. Er worden onderzoeken gedaan en er moet een dossier worden samengesteld. Als dan blijkt dat het verkeerde traject is ingezet, kunnen ouders weer van voor af aan beginnen. Is de indicatie helemaal rond, dan kunnen de ouders eindelijk op zoek naar een school. En ook dát blijkt niet altijd eenvoudig: er zijn scholen die geïndiceerde leerlingen niet willen toelaten, weer andere scholen willen de leerling wel toelaten maar kunnen geen onderwijsprogramma op het juiste niveau verzorgen, etc. Dat kan én moet beter georganiseerd worden.”¹²⁷

Als belangrijkste knelpunten worden gesignaleerd:

- Onduidelijke en ingewikkelde verantwoordelijkheidsverdeling. Hierdoor zijn er leerlingen die tussen de wal en het schip vallen en thuis komen te zitten.
- Indicatiestelling. Niet alleen de bureaucratie rondom de indicatiestelling LGF vormt een belangrijk knelpunt, maar ook het feit dat elke zorgstructuur (LGF, WSNS en LWOO/PRO) een eigen indicatiesysteem heeft.
- De overgang van het primair naar voortgezet onderwijs is voor zorgleerlingen vaak heel moeilijk.
- Ouders hebben met de invoering van LGF het recht gekregen hun geïndiceerde kind aan te melden voor het regulier onderwijs. In de praktijk blijken ouders nogal eens aan te lopen tegen het restrictieve toelatingsbeleid van scholen.

¹²⁷ Notitie Vernieuwing van de zorgstructuren in het funderend onderwijs, bijlage bij de brief van de minister van OCW d.d. 30 september 2005, Kamerstukken II 2005/06, 27 728, nr. 85.

- Scholen die onderwijsvormen tussen regulier- en speciaal willen ontwikkelen worden belemmerd door de regelgeving.¹²⁸

Als oplossing wordt een aantal maatregelen voorgesteld die de omslag van een aanbodsgerichte naar vraaggestuurde structuur verraden. De kern daarvan bestaat uit het voornemen tot introductie van een wettelijke zorgplicht die het bestuur van een school, waar een zorgleerling wordt aangemeld, verplicht ervoor te zorgen dat die leerling een passend onderwijszorgarrangement wordt aangeboden, hetzij op de school van aanmelding zelf, hetzij op een andere school. In het kader van deze zorgplicht zal er een wettelijk onderscheid worden aangebracht tussen aanmelding en plaatsing. Na aanmelding volgt – indien daartoe aanleiding bestaat – een onderzoek van de zijde van het bevoegd gezag naar de mogelijkheden en/of beperkingen, waarna een aanbod volgt, dat leidt tot plaatsing of tot een geschil tussen de leerling (en zijn ouders) en het bevoegd gezag. Ook ten aanzien van zittende leerlingen, bij wie tijdens de schoolperiode de noodzaak ontstaat voor extra zorg, kan in overleg met de ouders een onderzoek worden gestart naar de mogelijkheden en/of beperkingen die leiden tot een nieuw aanbod, gevolgd door plaatsing dan wel een geschil.¹²⁹

Verder wordt er gestreefd naar een geüniformeerde en een met die van de jeugdzorg geïntegreerde indicatiesystematiek voor alle leerlingen, die handelingsgericht is. Dat laatste betekent dat wordt afgestapt van de thans nog sterk op medische gegevens en problemen geënte systematiek en vooral wordt gekeken naar wat de leerling nog kan.¹³⁰ Op basis van onderzoek naar de mogelijkheden en beperkingen van de leerling kan bij een handelingsgerichte toets worden vastgesteld welk onderwijstraject de leerling kan doorlopen en welke kwalificaties nagestreefd worden.¹³¹

In het nieuwe stelsel worden alle scholen wettelijk gezien reguliere scholen voor primair of voortgezet onderwijs. De aanwezige expertise in het speciaal onderwijs wordt ten goede gemaakt aan het hele scholenstelsel. Een en ander betekent niet dat het speciaal onderwijs helemaal zal verdwijnen. Er zijn specialismen die zo specifiek zijn en waarvan de doelgroep zo klein is dat niet van scholen kan worden verwacht dat zij met andere scholen in staat zullen zijn hierin te voorzien. Te denken valt aan voorzieningen voor blinde en dove leerlingen.¹³²

Besturen van de scholen zullen door de wettelijke zorgplicht, die een resultaatsverplichting is omdat er altijd een aanbod tot plaatsing dient te worden gedaan, moeten gaan samenwerken in regionale netwerken. Dat is weliswaar een tamelijk open (want vermoedelijk ongeregelde) verplichting, maar ook een harde

¹²⁸ Ibidem.

¹²⁹ Zie Uitwerkingsnotitie Vernieuwing Zorgstructuren funderend onderwijs, bijlage bij de brief van de minister van OCW d.d. 4 september 2006, Kamerstukken II 2005/06, 27 728, nr. 93.

¹³⁰ Vgl. Kamerstukken II 2007/08, 27 728, nr. 101, p. 7.

¹³¹ Notitie Vernieuwing van de zorgstructuren in het funderend onderwijs, bijlage bij de brief van de minister van OCW d.d. 30 september 2005, Kamerstukken II 2005/06, 27 728, nr. 85. Zie brief staatssecretaris Dijkzma van OCW d.d. 25 juni 2007, betreffende uitwerking passend onderwijs, Kamerstukken II 2006/07, 27 728, nr. 98.

¹³² Kamerstukken II 2005/06, 27 728, nr. 85.

verplichting: elke school zal in een regionaal netwerk moeten participeren, besturen die om samenwerking vragen kan samenwerking niet geweigerd worden. Het regionale netwerk zal kunnen voortkomen uit de bestaande samenwerkingsverbanden voor primair en voortgezet onderwijs. In het regionale netwerk nemen ook deel de Regionale Expertise Centra (REC's) van cluster 2 (voor leerlingen met auditieve en communicatieve handicaps), cluster 3 (leerlingen met verstandelijke of lichamelijke handicap) en cluster 4 (leerlingen met psychiatrische en gedragsproblemen).¹³³ Passend Onderwijs zal vanaf augustus 2011 voor wie dat wil gefaseerd worden ingevoerd, in het najaar van 2009 zal daartoe een wetsvoorstel in procedure worden genomen. Gefaseerde invoering wordt overwogen om zoveel mogelijk recht te doen aan het proces van onderop en aan de verwerking van resultaten van experimenten die thans lopen. In 2011 zal wettelijk zijn vastgelegd dat er een sluitend systeem voor leerlingenzorg is, zodat alle leerlingen onderwijs kunnen volgen. Daarbij geldt dan dat er een dekkend geheel van regionale netwerken en een gezamenlijke verantwoordelijkheid van schoolbesturen moeten zijn verzekerd. Een tweede element van de wetgeving vormt de inrichting van één loket per regio voor de indicatiestelling. Een derde element vormt de invoering van budgetfinanciering. Deze biedt maximale ruimte aan het veld om maatwerk voor alle leerlingen die extra ondersteuning nodig hebben te realiseren. Nu krijgen leerlingen ofwel een “volle rugzak” of niets. Er is geen ruimte om leerlingen te ondersteunen die een “halve rugzak” nodig hebben.¹³⁴

5.2 Gevolgen voor ouders

Het stelsel van Passend Onderwijs brengt voor ouders ingrijpende gevolgen met zich. Die kunnen in belangrijke mate positief worden beschouwd: zij krijgen de zekerheid dat hun kind wordt geplaatst op een school en dat voor hem of haar een passend aanbod van onderwijs en – eventueel – zorg in het verschiert ligt.

De ouders leveren evenwel ook iets van hun rechten in: wat betreft de keuze van de school waarop de leerling uiteindelijk zal worden geplaatst en de bepaling van wat passend onderwijs is kunnen zij niet meer om de school (lees: het schoolbestuur) van aanmelding heen. We zagen dat in het kader van WSNS (zie § 3.2) de “school” de ouders niet kan dwingen om hun kind voor indicatie aan te melden. Het gevolg is dan dat bij WSNS de school het kind niet kan verwijderen vanwege de reden dat het extra zorg behoeft en de school die niet kan bieden. Deze situatie verandert bij Passend Onderwijs. De ouders die hun kind aanmelden bij een school zullen niet kunnen verhinderen dat ten aanzien van hun kind, zo nodig op initiatief van het bestuur van die school, indicatie plaatsvindt, met andere woorden onderzoek wordt verricht naar de mogelijkheden van voor hem of haar passend onderwijs. De bevoegdheid tot het nemen van de “go or no go” beslissing ter zake ligt in de situatie van Passend Onderwijs overwegend bij het bestuur van de school waar het kind wordt aangemeld.

¹³³ Kamerstukken II 2006/07, 27 728, nr. 98.

Bij een eventueel geschil hieromtrent met de ouders zal hoogstens kunnen worden getoetst of het bestuur bij het nemen van die beslissing zich voldoende op objectieve aanwijzingen, cq. gegevens omtrent het kind heeft gebaseerd, met andere woorden niet willekeurig van de bevoegdheid gebruik heeft gemaakt. Tevens hebben de ouders geen doorslaggevende stem bij de bepaling van wat passend onderwijs voor hun kind inhoudt. Zij zijn daarvoor mede afhankelijk van de resultaten van het verrichte indicatieonderzoek en de mogelijkheden en beperkingen die een bepaalde school bezit.

Over versterking van de ouderbetrokkenheid bij de regionale netwerken wordt nog volop nagedacht. De staatssecretaris van OCW onderscheidt wat betreft drie aandachtsvelden:

- Individuele ondersteuning van ouders, bijvoorbeeld via onderwijsconsulenten die al opereren in het kader van LGF;
- Collectieve belangenbehartiging, waarbij valt te denken aan versterking van medezeggenschap op de scholen en aan inbreng namens de ouders in de regionale netwerken;
- Kwaliteitszorg in het regionale netwerk.¹³⁵

5.3 Halfweg Passend Onderwijs: uitbreiding Wgbh/cz naar PO en VO

Passend Onderwijs is niet enkel toekomst. Wat betreft de geschillenregeling zijn er al beslissende stappen gezet. Er heeft een uitbreiding plaatsgevonden van de Wgbh/cz naar primair en voortgezet onderwijs – het domein van Passend Onderwijs – met een nieuw artikel 5b, dat luidt:

“Onderscheid is verboden bij het verlenen van toegang tot, het aanbieden van, het afnemen van toetsen tijdens en het afsluiten van onderwijs als bedoeld in de Wet op het primair onderwijs en de Wet op het voortgezet onderwijs, voor zover niet begrepen onder artikel 6, onder b.”¹³⁶

De bedoeling van deze bepaling is tweërlei. Er wordt daarmee een formele basis gelegd onder het uitgangspunt van gelijke behandeling in het basis- en voortgezet onderwijs, terwijl ook de individuele rechtsbescherming van mensen met een handicap of chronische ziekte wordt vergroot. “Hoezeer ook het bovenomschreven onderwijssysteem met speciaal basisonderwijs/praktijkgericht onderwijs en (voortgezet) speciaal onderwijs, weer- samen- naar- school en LGF, steeds meer ook is gericht op voorzieningen voor leerlingen met een (ernstige) handicap of stoornis, toch blijkt, vooral uit ervaringen met LGF, dat er nog veel winst te boeken is bij het optimaliseren van gelijke behandeling van kinderen met een beperking in het onderwijs. Het bestaan van de huidige voorzieningen voor gehandicapte leerlingen of

¹³⁴ Kamerstukken II 2008/09, 31 497, nr. 9, p. 5.

¹³⁵ Vgl. Kamerstukken II 2007/08, 31 497, nr. 1, p. 7.

¹³⁶ Stb. 2009, 101.

leerlingen met een chronische ziekte betekent niet dat gelijke behandeling voor deze leerlingen is gegarandeerd. De gelijke behandeling van kinderen met een beperking in het onderwijs, kan worden belemmerd door vooroordelen en onheuse bejegening, weigering van de toelating of weigering van de benodigde aanpassing(en). Het opnemen van het basisonderwijs en het voortgezet onderwijs in de Wgbh/cz helpt die belemmeringen te doen wegnemen en in de toekomst te voorkomen.”¹³⁷ Ook voor de toekomst, wanneer de operatie Passend Onderwijs in de plaats zal zijn getreden van WSNS, LGF en Praktijkonderwijs wordt er verbetering verwacht. “Het voorgestelde passend onderwijssysteem heeft als doel te voorzien in een passend onderwijsaanbod dat bijvoorbeeld specifiek op een gehandicapte of chronisch zieke leerling is toegesneden. Daarbij kan het geval zich voordoen dat een school, alle specifieke belangen in overweging nemende, tot de conclusie komt dat een leerling niet op de school van de keuze van de ouders kan worden geplaatst. De school houdt in dat geval de verantwoordelijkheid er voor te zorgen dat een kind op een andere school passend onderwijs wordt geboden. Toch kan het zijn dat de ouders in dat geval menen dat zij ongerechtvaardigd ongelijk behandeld zijn in het proces van passend onderwijsaanbod. Op grond van de voorgestelde artikelen in deze nota van wijziging hebben deze ouders het recht daarover een oordeel te vragen aan de CGB.”¹³⁸

Verder valt vooral op dat het om een algemene regeling gaat, die zowel een breed scala van handicaps en chronische ziekten als schoolsoorten bestrijkt. “Van belang daarbij is dat de bescherming van de Wgbh/cz zich ook uitstrekt over gevallen van ongelijke behandeling in het onbekostigde onderwijs en dat het om alle leerlingen met een handicap of chronische ziekte gaat, welke handicap of chronische ziekte in de Wgbh/cz niet nader wordt omschreven. De onderwijswetgeving over bijvoorbeeld LGF gaat daarentegen uit van indicaties voor ernstige gebreken, stoornissen en beperkingen die bij algemene maatregel van bestuur nader worden omschreven. De overweging van de Raad van State in zijn advies op het eerdergenoemde initiatiefwetsvoorstel dat, gelet op de mogelijkheden die de Wet op de expertisecentra en lgf bieden, de uitbreiding in de Wgbh/cz niet geboden zou zijn, kan de regering dan ook niet onderschrijven.”¹³⁹

De ACTB, het is reeds vermeld, houdt per 1 augustus 2009 op te bestaan als geschillenbeslechtende instantie. Vanaf die datum is de CGB actief.

6. Korte slotbeschouwing

“Zorgleerlingen” zijn kinderen met door externe factoren bepaalde leermoeilijkheden, die een specifieke, individuele benadering behoeven door extra ondersteuning in het onderwijs. Hoewel in onze wetgeving en in internationale verdragen vooral de aandacht uitgaat naar leerlingen met een geestelijke of lichamelijke handicap, en de

¹³⁷ Kamerstukken II 2007/08, 30 859, nr. 8, p. 4/5.

¹³⁸ A.w., p. 5.

¹³⁹ Ibidem.

huidige regelingen van WSNS, LGF en LWOO/PRO daarop ook zijn toegesneden, biedt de toekomstige situatie van Passend Onderwijs aanknopingspunten voor een omvattender benadering. De groep van zorgleerlingen is qua omvang en samenstelling ruimer dan die van kinderen met een handicap, maar ook nog redelijk onbepaald.

Het thans in binnenland en buitenland, en in nationaal en internationaal recht breed gedragen inzicht dat zorgleerlingen zoveel mogelijk tot het regulier onderwijs toegang moeten hebben berust op het beginsel van gelijke behandeling. Het bevoegd gezag van de reguliere school heeft de plicht om een zorgleerling zoveel mogelijk in gelijke positie te brengen met andere leerlingen. Als het bevoegd gezag een zorgleerling niet toelaat kan dat in bepaalde omstandigheden ongelijke behandeling opleveren, bijvoorbeeld als er slechts enkele aanpassingen nodig zouden zijn om de zorgleerling volwaardig, net als de andere leerlingen, aan het onderwijs te laten deelnemen. In andere omstandigheden zou juist van ongelijke behandeling sprake kunnen zijn als het kind wel wordt toegelaten, maar het door allerlei fysieke barrières en door feitelijk onvermogen van de leerkrachten geen onderwijs op adequaat niveau kan ontvangen. Het beginsel van gelijke behandeling maakt dus een steeds op de concrete omstandigheden afgestemd onderzoek en dito afweging door het bevoegd gezag noodzakelijk. Het drukt daarmee enerzijds uit dat geen algemeen recht op toelating van zorgleerlingen tot het regulier onderwijs kan worden erkend, en anderzijds dat elke beslissing tot toelating of niet-toelating dient te berusten op een op de individuele zorgleerling betrekking hebbende, goede en zorgvuldige afweging door het bevoegd gezag.

Met de toekomstige situatie van Passend Onderwijs zal beter dan thans aan gelijke behandeling van zorgleerlingen gestalte kunnen worden gegeven. Uitgangspunt voor het onderzoek met betrekking tot de plaatsing van een zorgleerling op een reguliere school is bij Passend Onderwijs de inschatting van wat de leerling kan, ongeacht diens handicap of achtergrond. Niet een medisch gebrek hoeft aanleiding te zijn voor het bestuur van de school waar een kind wordt aangemeld, om een onderzoek naar diens mogelijkheden en beperkingen te starten, maar elk signaal waaruit blijkt dat het kind heeft te kampen met een specifieke leerbelemmering, bijvoorbeeld omdat hij of zij gedragsproblemen heeft, kampt met een significante leerachterstand of omdat hij de taal onvoldoende spreekt.

Of het echt zal gaan werken is deels afhankelijk van de openheid waarmee scholen en regionale netwerken naar de problematiek zullen kijken. Dat de REC's betrokken zijn bij de regionale netwerken waarborgt in ieder geval dat een medische invalshoek bij de beoordeling van "zorg" niet obsoleet wordt. Deels zal dat ook duidelijk moeten worden door de richting waarin toekomstige keuzes van de overheid zullen leiden. Want bij al datgene wat er thans in gang wordt gezet, over één ding zullen de meeste betrokkenen in het kader van de verdeling van plaatsen, van geld en menskracht het snel eens worden en dat is de wens helder voor ogen te hebben waar de grenzen

liggen voor scholen om bepaalde problematiek met zorgleerlingen in verband te brengen, waar met andere woorden hun verantwoordelijkheid begint en ophoudt.